Über die

Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältnis des pactum de retrovendendo, des pactum de retroemendo und des pactum displicentiae beim Kauf.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

W. Schütze

Gerichts-Assessor.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Rostock.

Universitäts-Buchdruckerei von Adler's Erben.

1899.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0062

Frau Rechtsanwalt Klara Burchard

in

dankbarer Freundschaft

gewidmet.

Anordnung des Stoffes.

Einleitung.

I. Das pactum de retrovendendo.

A. Bedeutung desselben.

§ 1. Was verstehen wir unter dem pactum de retrovendendo? Abgrenzung des pactum de retrovendendo gegenüber dem Rückverkauf selber, der fiducia, lex commissoria, addictio in diem.

§ 2. Ist das pactum de retrovendendo in den römischen Quellen begründet?

§ 3. Findet das pactum de retrovendendo im kanonischen oder deutschen Recht Erwähnung?

§ 4. Auf welchen Grundlagen sind die einzelnen Rechtssätze des pactum de retrovendendo zu entwickeln?

B. Wirkungen des pactum de retrovendendo.

§ 5. Welche Wirkungen äussert das pactum de retrovendendo gegenüber dem ersten Verkauf? Eigentumsübergang, Früchte, Gefahrtragung.

§ 6. Welcher Art ist die Klage, welche dem Verkäufer zur Verwirklichung seines Anspruchs aus dem pactum zusteht?

§ 7. Ist der aus dem pactum de retrovendendo entspringende Anspruch aktiv und passiv vererblich? Geltendmachung desselben bei Vorhandensein mehrerer Erben bezw. Miteigentümer.

§ 8. Ist der aus dem pactum de retrovendendo entspringende Anspruch übertragbar?

§ 9. Zu welchen Leistungen ist der Verkäufer aus dem pactum de retrovendendo verpflichtet? Berechnung des Preises unter Berücksichtigung der auf die Sache gemachten Aufwendungen, Vermehrungen, Verminderungen, Verbesserungen, schuldhaften oder zufälligen Verschlechterungen, Anrecht auf den Schatz.

§ 10. Was erlangt der Verkäufer aus dem pactum de retrovendendo?

§ 11. Fortsetzung: Sind auch die gezogenen Früchte zurückzuverkaufen?

§ 12. Wann kann der Verkäufer seine Rechte aus dem pactum geltend machen? Anfangstermin, Befristung, Verzicht, Verjährung, insbesondere Beginn der letztern und das Erfordernis der bona fides bei derselben.

II. § 13. Das pactum de retroemendo und sein Verhältnis zum pactum de retrovendendo.

III. Das pactum displicentiae.

§ 14. Der Begriff.

§ 15. Wirkungen des pactum displicentiae.

IV. § 16. Das Verhältnis des pactum displicentiae zum pactum de retrovendendo bezw. retroemendo.

V. Anhang: Der „Wiederkauf" nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Einleitung.

Eine häufige Erscheinung des täglichen Lebens ist, dass beim Kauf der Verkäufer sich die Möglichkeit offen hält, seine Sache später zurückverlangen zu können. Zuweilen auch, so besonders bei Börsengeschäften, kommt es vor, dass dem Käufer die Befugnis eingeräumt wird, den Verkäufer zu solchem Rückerwerb zu nötigen.

Eine solche Abrede lässt sich nun aber nicht unter einen bestimmten gemeinrechtlichen Vertragsbegriff bringen, sondern das Recht oder die Pflicht zum Rückerwerb kann durch Rechtsgeschäfte sehr verschiedener Art zur Entstehung gelangen. Die Parteien können im einzelnen Fall ein pactum de contrahendo beabsichtigt haben, d. h. die Schaffung einer Verpflichtung zum Abschluss eines zweiten selbständigen Kaufvertrags, oder auch nur ein pactum de restituendo oder retrotradendo, aus dem nur eine Verpflichtung zur Rückübereignung erwächst, ohne dass auf dieselbe die besonderen Regeln des Kaufs Anwendung finden; es ist aber auch möglich, dass die Parteien dem Kaufe eine sei es dinglich, sei es obligatorisch wirkende Resolutivbedingung haben einfügen wollen.

Infolge dieser verschiedenen Möglichkeiten wird in den seltensten Fällen ohne Weiteres klar sein, welche derselben die Vertragschliessenden haben wählen wollen. Die Ausdrücke „Rückkauf, Wieder-

kauf, Wiedereinlösung, Rücknahmerecht, Wiederauflösung" werden kaum je technisch scharf gebraucht, so dass der Name, welchen die Parteien für das Geschäft gewählt haben, selten ausschlaggebend sein kann; will man zu befriedigenden Ergebnissen kommen, so wird man daher erwägen müssen, welche Wirkungen die Abrede nach den geäusserten Absichten, der Natur des Geschäfts oder den begleitenden Umständen haben sollte. Aus diesen wird man im Zweifel darauf schliessen können, welches Rechtsverhältnis die Parteien als in seinen Folgen ihren Absichten am meisten entsprechend vernünftigerweise gewollt haben müssen

Einen derartigen Schluss kann man natürlich nur dann mit einiger Sicherheit und praktischem Nutzen ziehen, wenn man bis in's Einzelne hinein Klarheit hat über den Begriff und die rechtlichen Wirkungen der möglicherweise in Frage kommenden Rechtsgeschäfte. Solche zu schaffen ist der Zweck der folgenden Arbeit. Ob derselbe erreicht ist, muss bei der geringen Ergiebigkeit der Quellen bezüglich unsrer Frage und der Unsicherheit der wirr durcheinandergehenden Ansichten, denen man in Theorie und Praxis auf diesem Gebiet begegnet, dem Urteil einer wohlwollenden Kritik überlassen werden.

Ich habe es, da die Quellen teilweise fast ganz im Stich lassen, für nötig gehalten, eingehend die Litteratur zu berücksichtigen und habe dieselbe der Übersichtlichkeit wegen meist der Besprechung einer jeden Frage thunlichst chronologisch geordnet vorausgeschickt.

I.

Das pactum de retrovendendo.

A. Bedeutung desselben.

§ 1.

Begriff.

Über den Begriff des pactum de retrovendendo gehen die Ansichten in der Litteratur bis in die neuste Zeit hinein weit auseinander, und man fasst vielfach unter demselben sehr verschiedenartige Dinge zusammen. So sagt Bechmann, der Kauf zweiter Teil § 256 S. 532: „Der Verkäufer kann sich den Rücktritt vom Geschäft auch unter beliebigen anderen Bedingungen, ja sogar nach seiner Willkür vorbehalten". „Man bezeichnet dieses Rücktrittsrecht des Verkäufers auch als Rückkaufsrecht, die darauf bezügliche Verabredung als pactum de retrovendendo"; er fasst also unter diesen Begriff neben dem resolutiv bedingten Verkauf auch das pactum displicentiae, bei dem es sich um einfache Rücktradition gegen Rückzahlung des Kaufpreises handelt. Dementsprechend fährt Bechmann fort: „Die betreffende Verabredung ist nicht ein Vorvertrag, sondern gewährt dem Verkäufer unmittelbar den Anspruch auf Rückleistung. Insofern ist die Terminologie (sowohl „Rückkaufsrecht", wie „pactum de retrovendendo") unzutreffend." Diese Vermengung des pactum de retrovendendo mit dem pactum dis-

plicentiae und ähnlichen Verträgen findet sich besonders bei den älteren Schriftstellern fast durchgehends und hat ihren Grund wohl in erster Linie darin, dass man das pactum de retrovendendo auf Stellen des corpus iuris zu gründen suchte, die wesentlich andere Rechtsverhältnisse im Auge haben.

Besonders häufig wird das pactum de retrovendendo als ein Vertrag aufgefasst, durch den der Käufer sich verpflichtet, dem Verkäufer die Sache zurückzutradieren unter der Bedingung, dass dieser ihm den Kaufpreis zurückzahle, so dass vom Abschluss eines zweiten Verkaufs, eines Rückverkaufs, gar nicht die Rede ist, sondern bei Eintritt der Bedingung unmittelbar aus der Nebenabrede der Kaufgegenstand zurückgefordert werden kann.[1])

Schon Anton Faber dagegen verlangt in seinem Werk de error. pragm. eine scharfe Abgrenzung der einzelnen Verträge und weist decad. 22 error. 1 darauf hin, dass es sich beim pactum de retrovendendo um zwei selbständige Kaufverträge handle, deren zweiter auf einem dem ersten zugefügten Vorvertrage beruht. Denselben Gedanken vertritt besonders scharf Demelius, Untersuchen I S. 194 f., ferner Lesser, de expensarum et pretii restitutione, sectio 1 §§ 2 und 5; Spelter, de venditione fiduciaria thes. 5 und 6; Holtzhey, de retrovenditione a laudemii onere libera § 7 und Hellfeld, iurisprud. for., lib. 18 Tit. 1

[1]) So Schilter, de iure retrovenditionis c. 1 § 4 S. 211; Leyser, de retrovenditione spec. 181 med. 1 S. 425; Packbusch, de retrovenditionis pacto, c. 1 § 1; Reinmann, pactum de retrovendendo, c. 1 § 2; Bechmann, de pacto redimendi, thes. 1, welche die Lehre ex professo behandeln. Vergl. ferner Voet, comm. ad pand. lib. 17 Tit. 3 § 7 S. 627, Cocceii ius civ. controv. XVIII, 1 qu. 36 bei Note s; Schlüter, de iure reluitionis ex pacto de retrovendendo c. 1 § 2.

§ 1373, sowie Thibaut, System, § 616. Vgl. auch die bei Lesser a. a. O. § 8 Anm. Genannten. Diese enge Begriffsbestimmung des pactum de retrovendendo wird endlich auch von Glück, Kommentar, Bd. 16 S. 199 § 997 ff. und C. F. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3 S. 215 ff. ausführlich vertreten.

Das Richtige dürfte sein, dass man unter einem pactum de retrovendendo eine beim Abschluss eines Kaufvertrages diesem hinzugefügte Nebenabrede versteht, durch welche der Käufer sich verpflichtet, dem Verkäufer auf sein Verlangen den verkauften Gegenstand zurückzuverkaufen.[1]) Hierbei können im einzelnen Fall noch eine Reihe von besonderen Bestimmungen getroffen sein, doch sind solche für den Vertrag nicht wesentlich.

Diese Begriffsbestimmung ergiebt sich zwingend aus dem Namen des Geschäfts. Da von „retrovendere" die Rede ist, so muss ein erster Verkauf vorangegangen sein und zwar gerade an die Person, die jetzt zurückverkaufen soll. Aus dem Wort „retrovendendo" ersehen wir ferner, dass die Rückübertragung an den ersten Verkäufer auch wieder durch einen Verkauf geschehen, also nicht etwa durch Auflösung des ersten Verkaufs mit dinglicher Wirkung oder einfache Rücktradition bewirkt werden soll, und der Gebrauch des Wortes „pactum" in diesem Zusammenhang zeigt, dass an eine selbständig neben dem ersten Verkauf, doch im Anschluss an denselben getroffene Vereinbarung, ein pactum adiectum, gedacht ist, durch welches der Käufer verpflichtet wird, die Sache an den Verkäufer zurückzuverkaufen. Dass in diesem Vertrag der Käufer der Verpflichtete ist, und in denselben nicht etwa eine Berechtigung desselben zum Rück-

[1]) Sintenis II S. 647.

verkauf festgestellt wird, ist in Litteratur und Praxis allgemein anerkannt und folgt aus der grammatischen Auslegung, da „de retrovendendo“ = „de re retrovendenda“ steht, das Gerundiv aber stets eine Verpflichtung, ein „soll oder muss“ ausdrückt.

Mehr ergiebt sich aus den im Namen enthaltenen Rechtsbegriffen nicht, kann also auch nicht ohne Willkür hineingelegt werden, wenn nicht etwa die Rechtsquellen ausdrücklich noch andere Begriffe mit denselben verbinden.

Das pactum de retrovendendo ist ferner streng zu scheiden von dem auf dasselbe folgenden thatsächlichen Rückverkauf, zu welchem es in gleichem Verhältnis steht, wie ein pactum de vendendo zu einem ersten Verkauf.[1])

Besonders häufig ferner ist dasselbe als gleichbedeutend mit der fiducia des römischen Rechts hingestellt.[2])

Eine solche Gleichstellung liegt ausserordentlich nahe, da das erstere heutzutage thatsächlich häufig zu denselben wirtschaftlichen Zwecken verwandt wird, denen in Rom die fiducia diente.[3]) Besonders die Pfandleihinstitute ziehen es heute oft vor, statt

---

[1]) Vgl. W. Müller, zivilistische Abhandlungen, Teil 1 S. 324.

[2]) Als Urheber dieser Ansicht führt Schilter a. a. O. cap. 1 § 3 S. 177 den Budaeus an und zählt einige Anhänger dieser Lehre auf; vgl. ferner Bechmann, de pacto redimendi thes. 1 Anm. b; von Neueren siehe die bei Örtmann, die fiducia, § 23 Nr. 2 Genannten. Doch mit Recht verwirft schon Schilter dieselbe, und auch Anton Faber, de err. pragm. dec. 22 err. 1 § 6 führt aus, dass das Recht der fiducia nicht auf das pactum de retrovendendo anzuwenden sei. — Die Schrift von Christ. Thomasius, „de usu practico accuratae distinctionis inter emtionem cum pacto de retrovendendo et contractum pignoraticium“, Halle 1707 war mir leider nicht zugänglich. —

[3]) Vgl. R. G. II Nr. 44 S. 168 ff. und Anm. 1 daselbst.

einen Darlehens- und Pfandvertrag zu schliessen, dem Geldbedürftigen eine Sache abzukaufen und ihm innerhalb kurzer Frist den Rückkauf der Sache zu gestatten, wobei die Zinsen gewöhnlich in die Gestalt von Prolongationsgebüren gekleidet werden; doch ist dieser Vertrag von der fiducia grundsätzlich verschieden. Wie Dernburg, Pand., Bd. I § 263 Nr. 1; Pfandrecht, Bd. I § 2; Örtmann, die fiducia, § 23 Nr. 2 überzeugend ausführen, ging bei der fiducia eine selbständige Forderung nebenher, die unverändert bestehen blieb, wenn die fiduzierte Sache ohne Schuld des Gläubigers unterging, während bei einem Kauf auf Rückkauf dann jede Verbindlichkeit des Verkäufers wie des Käufers erloschen ist; ferner hat der Gläubiger, wenn er nach fruchtlosem Ablauf der Zahlungsfrist die fiduzierte Sache verkauft, die hyperocha des Erlöses über die Schuldsumme herauszugeben,[1]) während der durch Hinzufügung eines pactum de retrovendendo gebundene Käufer, der nach Ablauf der für den Rückkauf gesetzten Frist die Sache verkauft, den ganzen Erlös ohne weiteres für sich behalten kann. Es geschah endlich bei der fiducia die Übereignung und Rückübertragung durch mancipatio bezw. in iure cessio, also durch abstraktes Rechtsgeschäft,[2]) nicht aber durch Verkauf und Rückverkauf, denn die mancipatio nummo uno spielte sich zwar in der Form eines Verkaufes ab, war aber thatsächlich nichts als ein Übereignungsakt, während bei der in iure cessio der abstrakte Charakter ohne weiteres einleuchtet.[3])

Bei derartigen Verschiedenheiten in den Grundlagen der beiden Rechtsgeschäfte können dieselben

---

[1]) Vgl. Örtmann a. a. O. § 24 S. 187. —

[2]) Vgl. Dernburg, Pfandrecht, Bd. I § 2, die daselbst S. 8 angeführten Stellen, sowie das bei ihm Pand., Bd. I § 263 Anm. 2 abgedruckte Formular einer fiducia.

[3]) Vgl. Dernburg, Pand., Bd. I § 95, 3 b.

unmöglich einander gleichgestellt, noch die für das eine geltenden Rechtssätze auf das andere übertragen werden.

Mit der addictio in diem und der lex commissoria ist das pactum de retrovendendo kaum zu verwechseln, obwohl fast alle älteren Schriftsteller eingehend von dem Verhältnis zu demselben handeln, da bei der addictio dem Verkauf eine Resolutivbedingung zugefügt wird, bei deren Eintritt das ganze Kaufgeschäft hinfällt, bei der lex commissoria aber wenigstens die Eigentumsübertragung bedingt ist, es sich also bei beiden um dingliche Wirkungen handelt, während das pactum de retrovendendo seiner Natur nach nur obligatorische Wirkung haben kann.

Über die Unterscheidung vom pactum displicentiae wird weiter unten ausführlicher zu handeln sein, hier möge nur erwähnt werden, dass bei diesem im Gegensatz zum pactum de retrovendendo von der Verpflichtung zum Abschluss eines zweiten Vertrags keine Rede ist.

§ 2.

Findet das pactum de retrovendendo in den römischen Quellen Erwähnung?

Die weitaus herrschende Ansicht nimmt an, dass das pactum de retrovendendo auf direkte Aussprüche des römischen Rechts gestützt werden könne. [1])

---

[1]) So von Älteren u. a. Cuiacius, paratitla in lib. 4 C. Just. LIV (Bd. II S. 154) und notae ad Dig. zu l. 12 D. 19, 5 (Bd. 10 S. 179); Donellus in seiner Abhandlung über l. si fundus 2 C. de pact. int. E. et V. compos. (Bd. 8 S. 1143 ff.); Leyser sp. 191 M. 3; Reinmann pactum de retrovendendo c. 1 § 2; Bechmann, de pacto redimendi thes. 1 Anm. a; Packbusch, de retroventionis p. c. 1; Schilter, de iure retroventionis cap. 1 § 2 und die dort Genannten; von Neueren u. a. Hellfeld, iurispr. for. § 1373 Note p; Unter-

Doch findet sich auch die entgegengesetzte Ansicht vielfach vertreten.[1])

Bei diesen vielfachen Meinungsverschiedenheiten erscheint eine gründliche Prüfung der Quellen unabweislich.

Es kommen für unsere Lehre vor allem l. 12 D. de praescr. verbis 19. 5 und l. 2 C. de pact. int. E. et V. comp. 4, 54 in Betracht. Die letztere, am meisten in Bezug genommene Stelle lautet:

> „Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi, sive heredes eorum emtori pretium quandocunque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere conditioni dictae heres emtoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum quae post oblatam ex

holzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen § 432; Schweppe, das römische Privatrecht § 535; Dernburg, Pand., Bd. 2 § 95 Nr. 5 Anm. 15, Pfandrecht, Bd. 1 § 2 S. 12 Anm. 16; Baron, Pand., § 290 Nr. 3; Arndts. Pand., § 301 Anm. g und besonders Bechmann, Kauf, § 256 Anm. 1. Zweifelnd verhält sich Windscheid, Pand., Bd. 2 § 388 Anm. 3 und 7 und ebenso Sintenis, das gemeine praktische Zivilrecht, viertes Buch § 116 Anm. 226.

[1]) So bei Joannes Corasius in seinen miscellaneis iuris civilis lib. 3 cap. 9, welcher mit Entschiedenheit den Standpunkt vertritt, dass die Quellen das pactum de retrovendendo nicht erwähnen. Ebenso Anton Faber, de err. pragm., decade 22 error. 3, besonders Nr. 2 und 3, während er noch bei dec. 10 err. 3 desselben Werks wenigstens die l. 2 C. de pact. int. V. et E. comp. 4, 54 auf dasselbe bezog.

Noch weiter geht Lesser, de expens. et pretii restitut. sect. 2 § 20: „pactum de retrovendendo stricte sic dictum in iure Romano non est fundatum", während C. F. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3 S. 1215 ff. die mildere Meinung vertritt, dass in den römischen Quellen nur nirgends ausdrücklich vom Wiederkaufsrecht geredet werde, dasselbe jedoch in ihren Lehren vom Kauf durchaus begründet sei.

pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt."

Der Fall, welcher hier dem Kaiser zur Entscheidung vorlag, war folgender: Die Eltern des Anfragenden hatten ein Grundstück verkauft unter der Nebenabrede, dass der Käufer, falls ihm die Verkäufer oder deren Erben irgendwann den Kaufpreis baar anbieten würden, verpflichtet sein sollte, dasselbe an diese zurückzutradieren. So fassten schon die Glossatoren die Stelle auf.[1])

Es fragt sich nun, ist hierin ein pactum de retrovendendo zu sehen? Dies nehmen die Glossatoren an, wie sich aus den in der Überschrift zur l. 2 C. cit. in der Accursischen Glosse angeführten Inhaltsangaben von Baldus und Salicetus ergiebt. Derselben Ansicht ist Donellus, welcher sich in Bd. 8 S. 1143 ff. eingehend mit unsrer Stelle beschäftigt. Es ist derselben jedoch nicht beizutreten.

Zwar scheinen mir Koch, Recht der Forderungen Bd. 3 S. 215 ff.; Schirmer zu Unterholzners Verjährungslehre II § 265 Note *; Fitting, zur Lehre vom Kauf auf Probe, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht II § 24 und Note 109 und Unger, System, II § 116 Anm. 11 u. a. zu weit zu gehen, wenn sie annehmen, dass die l. 2 C. cit. nur von einem einheitlichen Rechtsgeschäft, nämlich einem resolutiv bedingten Kauf handle, da in diesem Fall, wie schon Anton Faber, de err. pragm., dec. 22 err. 3 Nr. 7 hervorhebt, die anzustellende Klage die rei vindicatio sein würde, während die

[1]) Accursius in seiner glossa ordinaria sagt darüber: „Pater tuus vendidit Titio fundum hoc pacto, ut quandocunque pretium sibi refunderet, vel heres, vel intra certa tempora restitueret ei fundum offerente te, qui es heres patris, pecuniam: Si Titius vel heres eius fundum non restitueret, agere potes praescriptis verbis, ut fides servetur."

Kaufklage ausgeschlossen wäre, da mit Eintritt der Bedingung der Kaufvertrag in sich zusammenfällt, und auch die a. praescriptis verbis, welche der Kaiser dem Verkäufer wahlweise zur Verfügung stellt, kaum zu erklären wäre.

Wie die Worte „post oblatam ex pacto quantitatem" ergeben, handelt es sich vielmehr um einen Kaufvertrag und ein diesem zugefügtes pactum, welches unter der Bedingung, dass der Verkäufer den Kaufpreis baar anbietet, in Wirksamkeit treten soll; es ist dies aber kein pactum de retrovendendo. Das erhellt mit Bestimmtheit aus dem Ausdruck „restitueretur", welcher den Käufer nur verpflichtet, das Grundstück zurückzutradieren, aus dem aber niemals gefolgert werden kann, dass derselbe verpflichtet sein solle, einen neuen Kaufvertrag mit seinem früheren Verkäufer einzugehen. Dass die Quellen das Wort „restituere" in einem technischen Sinne brauchen und in der Regel darunter nur Zurückgabe rei cum omni causa verstehen, geht klar aus l. 22 D. de V. S. 50, 16 hervor:

> „exhibere est praesentiam corporis praebere, restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere."

Allerdings heisst es dann weiter:

> „pleraque praeterea restitutionis verbo continentur";

doch scheint mir dafür, dass die obige enge Auffassung als die Regel angesehen wird, neben der Hervorhebung dieser Bedeutung vor allem die Zusammenstellung mit „exhibere" zu sprechen, das i. A. nichts anderes bedeutet als potestatem rei facere.

Mag demnach auch vorläufig dahingestellt bleiben, wie man den in l. 2 C. cit. besprochenen Nebenvertrag im Einzelnen aufzufassen hat, so viel

steht fest, dass die Stelle nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür bietet, sie auf ein pactum de retrovendendo zu beziehen, ja dass der Gebrauch des Wortes „restituere" entschieden dagegen spricht, dass die Parteien sich zum Abschluss eines neuen Kaufvertrages verpflichten wollten. Diese Auffassung hat allerdings in der Litteratur bisher nur wenig Anhänger gefunden;[1]) doch erklärt sich das wohl, wenn man bedenkt, dass die weitaus meisten Schriftsteller das pactum de retrovendendo weder von dem weiter unten zu besprechenden pactum displicentiae, noch von anderen ähnlichen Abmachungen scheiden.

Nächst der l. 2 C. cit. wird vor allem l. 12 D. de praescr. verb. 19, 5 auf das pactum de retrovendendum bezogen, so von der Accursischen Glosse, unter Bezugnahme auf l. 2 C de pactis inter E. et V. compos. 4, 54 und von Gothofredus. Die Stelle lautet:

> „Si vir uxori suae fundos vendidit, et in venditione comprehensum est, convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desiisset, ut eos fundus, si ipse vellet, eodem pretio mulier transscriberet viro, in factum existimo iudicium esse reddendum; idque et in aliis personis observandum est."

Der Fall ist dieser: Ein Ehemann hat seiner Frau Grundstücke verkauft und dabei neben dem Kaufvertrage vertragsmässig mit ihr vereinbart, dass, wenn ihre Ehe einmal getrennt werden sollte, die Frau auf Verlangen des Mannes diesem die Grundstücke für denselben Preis, für den er sie ihr jetzt verkaufe, „transscriberet".

---

[1]) Sie wird vertreten von Faber, de err. pragm. c. 1.; Corasius a. a O. cap. 9 S. 241; Lesser a. a. O. § 20; Fitting a. a. O. II § 34 S. 267; V S. 87 Anm. 16; Spelter a. a. O. Resultate Nr. 7.

Was bedeutet nun dieses „transscriberet"? Accursius bemerkt dazu: „i. e. pro eodem pretio restitueret". Anton Faber, rational in Pand. ad h. l. nimmt an. es stände für „redderet", und ihm stimmt Glück Bd. 16 S. 205 zu. Auch die Basiliken tom. II lib. 20 Tit. 4 const. 2 S. 503 D. drücken sich recht allgemein aus: ἐξεῖναί μοι τοῖς αὐτοῖς τιμήμασι ἀναλαβεῖν αὐτόν, und Fabrotus übersetzt: „ut eum fundum eodem pretio recipere liceret"; die meisten Schriftsteller älterer und neuerer Zeit endlich übergehen es einfach, indem sie von einer genaueren Interpretation der Stelle absehen, oder stellen es ebenso wie Accursius dem „restituere" gleich.[1])

Eine andere Erklärung versucht Koch, Recht der Forderungen III S. 215 f.: „Das transscribere bezeichnet hier keinen juristischen Begriff und ist vielleicht mit Bezug auf die über Grundstücke vermutlich geführten Steuerregister gebraucht"; doch ist, glaube ich, dieser Ausführung so wenig zuzustimmen wie der Ansicht, welche „transscribere" dem „restituere" gleichstellen will. Zu dieser hat wohl ausschliesslich die scheinbare Gleichartigkeit der in l. 12 D. cit. und in l. 2 C. 4, 54 behandelten Fälle geführt, welche veranlasste, die beiden Stellen in Beziehung zu einander zu setzen. Besonders macht dies bei der Glosse des Accursius, wie bei Gothofredus den Eindruck, da bei jeder der beiden Stellen zum Beweis auf die andere verwiesen wird, und dieser Eindruck wird dadurch bestärkt, dass keiner der Schriftsteller, welche diese Gleichstellung vertreten, Veranlassung findet, den doch in diesem Sinne gebrauchten, jedenfalls auffälligen Ausdruck „transscriberet" zu erklären.

[1]) So Bechmann, de pacto redimendi Anm. 2 zu thes. 1: „vocatur alias pactum revendendi . ., recipiendi . ., reciperandi . ., transscribendi d. l. 12 ff. de praescr. verb.

Die von Koch ausgesprochene Vermutung andrerseits will wegen der Ausdrucksweise der l. 12 cit. selber nicht recht einleuchten. Allerdings führte jedenfalls der Censor Einkommenregister, nach denen die Steuerfähigkeit des Einzelnen geschätzt wurde, und in denen auch wohl eine Umschreibung stattfand, wenn Grundstücke, die bekanntlich in Rom den eigentlichen Stamm des steuerbaren Vermögens bildeten, von einer Hand in die andere gingen; doch, wie dem auch sei, die vorliegende Stelle nimmt jedenfalls keinen Bezug darauf, da es in derselben heisst:

„eodem pretio mulier transscriberet viro",

und es unverständlich bliebe, was die Frau umzuschreiben hätte, wenn an eine transscriptio in den Steuerlisten zu denken wäre. Näher scheint es mir zu liegen, das transscribere durch einen Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse Roms zu erklären. Die l. 12 cit. stammt von Proculus, welcher unter Kaiser Nero, also um die Mitte des ersten Jahrhunderts nach Christo lebte. Zu dieser Zeit waren die „rationes domesticae", der codex accepti et expensi, deren vielfach in den Quellen Erwähnung geschieht, noch in voller Blüte; eingehend berichtet uns Cicero von denselben in pro Roscio Com. cap. 2, wo er u. a. von ihnen sagt: „illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur", ferner c. 1, c. 5 c. l. Von denselben handelt ferner Gaius in seinen Institutionen III §§ 128 ff. Aus diesen Schilderungen und Zeugnissen ergiebt sich, dass dieselben von weittragender volkswirtschaftlicher Bedeutung waren, und wenn diese auch bei dem zunehmenden inneren Verderb der Kaiserzeit allmälig sich verringerte, so ist doch nicht anzunehmen, dass eine so tief im römischen Volksleben wurzelnde Einrichtung schon zur Zeit des Proculus

gelitten haben sollte, zumal sie noch Justinian bekannt ist, wie aus l. 22 C. de F. J. 4, 21 gegen Ende hervorgeht. Diese codices accepti et expensi, bezüglich deren ich im Einzelnen der Kürze wegen auf v. Almendingen im Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung Bd. 2 Nr. 2 S. 169—221 verweisen muss, gaben einen vollständigen Überblick über den gesamten aktiven und passiven Vermögensstand des Römers und wurden von jedem Hausvater, also auch von der Ehefrau, welche nicht mehr in patria potestate, noch in der manus ihres Ehemannes stand, und letzteres war wohl zur Zeit des Prokulus schon die seltene Ausnahme, bezüglich ihres nicht dotalen Vermögens geführt. Auf ihnen beruhte, wie sich u. a. aus Gaius c. l. ergiebt, die Ausbildung des Litteralkontraktes. In sie wurde jede Leistung, welche der Betreffende gemacht und empfangen, nicht nur Geldzahlungen, eingetragen, und für die Eintragungen in dieselben ist „transscribere" der technische Ausdruck. Da diese Eintragungen von den Parteien selber gemacht wurden, so liegt es meines Erachtens nahe, den Satz „fundos . . eodem pretio mulier transscriberet viro" auf die Eintragung zu beziehen, welche die Frau nach dem dem Kaufvertrage beigefügten pactum bei etwaiger Trennung der Ehe auf Verlangen des Mannes bezüglich der fraglichen Grundstücke in ihren Büchern machen sollte.

Es mag dabei dahingestellt bleiben, ob an ein blosses „nomen arcarium" gedacht ist oder an ein „nomen transscripticium" im eigentlichen Sinn, derart dass die Frau berechtigt sein sollte, mit der aus der Rückübertragung des Grundstücks entstandenen Schuld des Mannes dessen Konto zu belasten, so dass derselbe infolge dieser Novation durch Litteral-

kontrakt zu einer abstrakten würde, was sich, da in unsrer Stelle im Gegensatz zu l. 2 C. de pact. int. E. et V. compos. 4, 54 von einer Vorleistung des Preises keine Rede ist, nach Gaius III § 129 wohl verteidigen liesse; in beiden Fällen bleibt die Hauptfrage: handelt es sich nun in der l. 12 cit. um einen wirklichen Rückverkauf oder nur um eine Verpflichtung der Frau zur eventuellen Rücktradition?

Für die Annahme eines wirklichen Rückverkaufs spricht entschieden die Art, in der „transscribere" sonst in den Quellen gebraucht wird.

> „Agri plagam", heisst es in l. 41 § 9 D. de leg. III u. a., „quae est in regione illa, Maeviis Publio et Caio transscribi volo, pretio facto viri boni arbitratu, et hereditati illato, duplae evictione expromissa a reliquis heredibus, ita ut sub poena centum promittant, eam agri plagam partemve eius ad Seiam posterosve eius non perventuram quaqua ratione. Quaesitum est: an legatum valeat, quum Publius emere velit, Caius nolit? Respondit: eum, qui fideicommissum praestari sibi velit, posse partem dimidiam eius agri, qui legatus est, petere, quamvis alter persequi nolit."

In dieser Stelle bedeutet transscribere zweifellos: verkaufen, wie sich aus dem technischen Ausdruck „emere" und aus der „duplae stipulatio" ergiebt, auch ist die Waare genau bestimmt und Höhe und Zahlung des Preises geregelt.

Demgegenüber kann es gar nicht in Betracht kommen, dass es in derselben Stelle heisst:

> „posse partem dimidiam eius agri, qui legatus est, petere",

denn „qui legatus est" lässt sich ohne jeden Zwang mit: „welches den Gegenstand des Legats bildet"

übersetzen, und dass damit nichts Entscheidendes darüber gesagt sein soll, ob das Grundstück unmittelbar aus dem Legat gefordert werden kann oder erst auf Grund eines abzuschliessenden Kaufvertrags, erhellt zur Genüge aus dem Gebrauch der ganz allgemeinen Ausdrücke: „fideicommissum praestari", „petere" und „persequi". Der Fall ist demnach folgender: Jemand errichtet zu gunsten des Publius und des Caius Maevius, die er u. a. auch zu Erben eingesetzt hatte, ein Legat des Inhalts, dass seine übrigen Erben diesen beiden ein Stück, bezüglich dessen der Seia ein Eviktionsrecht zustand, zum Schätzungswert verkaufen und für dasselbe die Haftung wegen Entwährung mit der üblichen „stipulatio duplae" übernehmen sollten. Die Liberalität des Legats liegt in der den Berechtigten auf Kosten der übrigen Erben gewährten Möglichkeit, das betreffende Grundstück zu billigem Preis erwerben zu können und in dem eventuell gesicherten Schutz gegen Eviktion.

Da „transscribere" hier in ganz anderem rechtsgeschäftlichen Zusammenhang gebraucht wird, wie in l. 12 D. cit., ist anzunehmen, dass es nicht durch die gerade hier dem Kauf zu Grunde liegenden Verhältnisse der Stelle, sondern durch Rückgreifen auf eine allgemeinere Grundlage, auf den „codex accepti et expensi", zu erklären ist.

Aus diesem Grunde ist meines Erachtens auch die an sich mögliche Annahme abzulehnen, dass das „transscriberet" in l. 12 D. cit. sich auf eine Umschreibung in dem „rerum libellus" beziehe, in dem, wie l. 9 § 3 D. de iure dotium 23, 3 ausführlich berichtet, der Bestand der Paraphernen festgestellt zu werden pflegte, und der auch für den besonderen Fall „si quandocunque separatio fiat", wichtig wurde. Auch spricht dafür der Schlusssatz der l. 12 D. cit.

„idque et in aliis personis observandum est", welcher sich ausdrücklich dagegen verwahrt, dass das in der Stelle Gesagte ein Ausfluss der besonderen eherechtlichen Verhältnisse sei. Auch bei dieser Auslegung endlich wäre übrigens die Annahme eines wirklichen Rückverkaufs als des „contrarius actus" das Natürlichere.

Aus diesen Erwägungen schliesse ich, dass die l. 12 D. 19, 5 thatsächlich von einem pactum de retrovendendo in dem von uns für richtig gehaltenen Sinne handelt.[1])

Dass es sich in dieser l. 12 cit. nicht um einen Verkauf unter Resolutivbedingungen handelt, wie C. F. Koch c. l. Bd. III S. 215 ff. will, scheint mir auch hier wieder daraus hervorzugehen, dass der Mann nicht auf die rei vindicatio, sondern auf eine actio in factum verwiesen wird.

Nicht möglich scheint es mir endlich mit Windscheid § 388 Anm. 7 anzunehmen, dass in unsrer Stelle und der oben besprochenen l. 2 C. 4, 54 ein sofortiger Rückverkauf unter der Bedingung gemeint sei, dass der Verkäufer im ersten Kaufvertrag es wollen sollte, da in den dort behandelten Fällen nur die actio emti aus diesem zweiten Kaufvertrag, nicht aber eine actio venditi oder die actio praescriptis verbis bezw. in factum, von welcher an beiden Orten, in der l. 12 cit. sogar ausschliesslich, die Rede ist, dem aus dem zweiten Vertrage Berechtigten gegeben werden könnte. Auffallend wäre auch die

[1]) Derselben Ansicht, Fitting, zur Lehre vom Kauf auf Probe II § 24 Nr. 109; V S. 87 Anm. 16 und Schirmer, zu Unterholzners Verjährungslehre II § 265 Anm. * vertreten, während sich Göppert c. l. S. 407 Anm dagegen erklärt, indem er das pactum de retrovendendo schlechthin dem pactum displicentiae gleichstellt.

Bezeichnung des zweiten Kaufvertrages als „pactum" in l. 2 C. cit.

Einfacher erledigen sich einige andere Quellenstellen, in welchen man häufig eine Anerkennung des pactum de retrovendendo im römischen Recht hat finden wollen.

Besonders kommt noch die l. 7 C. 4, 54 in Betracht, welche schon Gothofredus auf das pactum de retrovendendo bezieht:

> „Huiusmodi pactum Galli vocant Pactum de remere: ou Faculté de re achapte"

und in der Glosse b zu remitti: „prorogari pactum redimendi (de quo l. 2 C. eod.)" u. s. w.[1])

Die Stelle lautet:

> „Si a te comparavit is, cuius meministi, et convenit, ut, si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inemta, remitti hanc conventionem rescripto nostro, non iure petis. Sed si se subtrahat, ut iure dominii eandem rem retineat, denuntiationis et obsignationis depositionisque remedio contra fraudem potes iuri tuo consulere."

---

[1]) Derselben Ansicht sind u. a. Leyser sp. 191 med. 3 Holtzhey c. l. § 6; Schilter c. l. cap 1 § 2 S. 172, wo er jedoch schon Dissentienten aufführt, sowie cap. 7 § 4 Nr. 9; Hufeland c. l § 494 Anm. a; Hellfeld c. l. § 1373 Anm. p; Cocceii ius civ. controv. XVIII, 1 Note s; Riesser, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess Bd. 2 Nr. 1 § 7 S. 30 ff.; Bechmannn, Kauf, § 256; Dernburg, Pand., Bd. 2 § 95 Nr. 5 Anm. 15; während z. B. Anton Faber, de err. pragm., decade 22 error 2 und error 3 Nr. 3; Lesser a. a. O. § 20; Glück c. l. Bd. 16 § 997 S. 203; Müller, das widerrufliche Eigentum. S. 326; Thibaut im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 16 S. 307 f.; C. F. Koch Bd. 3 c. l. § 246 S. 214; Sintenis, Pand., Bd. 2 § 116 Anm. 226 und Windscheid, Pand., § 388 Anm. 7 die Verschiedenheit des in l. 7 cit. besprochenen Vertrages vom pactum de retrovendendo scharf hervorheben.

Jemand hat eine Sache verkauft unter der Abrede, dass durch Rückzahlung des Kaufpreises der Kaufvertrag rückwärtshin solle aufgehoben werden können, doch war für diese Berechtigung eine Frist gesetzt; um Verlängerung dieser Frist durch kaiserliches Reskript bittet der Antragsteller und wird abschläglich beschieden. Es liegt auf der Hand, dass hier kein pactum de retrovendendo abgeschlossen sein kann, denn die Worte:

„si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inemta"

können nur von einem durch Rückzahlung des Kaufpreises innerhalb bestimmter Zeit resolutiv bedingten Kaufvertrag verstanden werden. Ein pactum de retrovendendo könnte niemals bewirken, dass eine verkaufte Sache „inemta sit", da, wie der Kaufvertrag selbst, so auch die Verpflichtung zur Eingehung eines solchen stets nur obligatorische Wirkungen nach sich ziehen kann. Doch braucht die Frage, ob derartige Resolutivbedingungen dinglich oder obligatorisch, ex nunc oder ex tunc wirken, gar nicht berührt zu werden, da die Stelle, ebenso wie oben l. 2 C. 4, 54, kein Wort enthält, aus dem auf ein pactum de retrovendendo geschlossen werden könnte. Auch die Worte:

„si se subtrahat, ut dominii iure eandem rem retineat"

zwingen nicht zu der Annahme, dass es sich um einen Käufer handle, der sich dem Rückverkauf entziehe, um sein Eigentum an der Kaufsache nicht aufgeben zu brauchen, sondern lassen sich viel zwangloser dahin erklären, dass sich der Käufer vor dem Verkäufer verborgen halte, damit dieser ihm nicht den Preis der Sache anbieten könne, und damit so der Eintritt der Bedingung innerhalb der im Kaufvertrag gesetzten Frist vereitelt werde; ja,

der Schluss der Stelle, welcher dem Musaeus anrät, wenn er dieser Gefahr entgehen wolle, brauche er nur den ihm seinerzeit gezahlten Preis versiegelt zu deponieren und darüber Mitteilung an den Gegner zu senden, zwingt geradezu zu der letzteren Annahme, da der Abschluss eines Rückverkaufs auf diese Weise nicht zu erreichen wäre, während bei einem nur durch Rückgabe des Kaufpreises innerhalb bestimmter Zeit bedingten Kaufvertrag durch derartige Deposition unmittelbar der Erfolg herbeigeführt würde, „ut res sit inemta".

Auch l. 1 C. quando decreto opus non est 5, 72, welche vielfach,[1]) auf das pactum de retrovendendo bezogen wird, enthält keine Andeutung davon:

> „Si probare potes, patrem pupilli, cuius tutores convenisti, consensisse, ut reddito tibi praedio pretium reciperet, id, quod convenit, servabitur. Neque enim in ea re auctoritas praesidis necessaria est, ut tutorum sollicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant."

Die Stelle handelt, wie auch Glück a. a. O. Bd. 16 S. 205 annimmt, vom pactum displicentiae, worauf wir weiter unten zurückkommen werden. Ein pactum de retrovendendo in derselben zu finden, wäre zum mindesten willkürlich, da „reddere" nicht = „retrovendere" ist, und das „pretium reciperet" sich schwerlich von der Zahlung des in einem neuen Kaufe vereinbarten Preises verstehen lässt.

Von einem pactum displicentiae handelt ferner, wie unten weiter auszuführen, l. 6 D de resc. vend. 18, 5:

> „si convenit, ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex

---

[1]) So von Schilter a. a. O. S. 172; Gothofredus; Leyser a. a. O. spec. 191 med. 3 u. a.

emto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima emti actioni in factum datur."

Sie bietet jedenfalls auch nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass auf Grund des „convenit" ein neuer Kaufvertrag abgeschlossen werden sollte.

Ebenso steht es mit l. 2 § 5 D. 41, 4:

„Sed et illa emtio pura est, ubi convenit, ut si displicuerit intra diem certum inemta sit",

die von einem resolutiv bedingten Kauf handelt, wie aus den c l. voraufgehenden Paragraphen ohne weiteres hervorgeht.

Nach obigem mag es genügen, wenn wir auf die wenigen Stellen, die etwa noch in Frage kommen könnten, kurz hinweisen, da auch auf sie das oben Gesagte im Wesentlichen zutrifft. So l. 13 pr. D. de pigneraticia act. 13, 7, mit der sich Anton Faber, de err. pragm., decade 22 err. 9 eingehend beschäftigt. Hier hat der Pfandgläubiger die Pfandsache verkauft mit der Abmachung, dass der Käufer die Sache an den Pfandschuldner zurückgeben müsse, falls dieser ihm, d. i. dem Käufer, den Kaufpreis ersetze; dass hier an kein pactum de retrovendendo zu denken ist, geht schon daraus hervor, dass die Sache nicht zum Verkäufer zurückkehren, sondern einem Dritten gegeben werden soll; es könnte sich also höchstens um ein pactum de vendendo handeln, doch der Ausdruck „liceret ei recipere rem suam" gestattet nicht ohne weiteres die Annahme eines Verkaufs.

In l. 31 § 22 D. de aed. Ed. 21, 1 endlich ergiebt schon der Wortlaut, dass ihr nur ein pactum displicentiae und kein pactum de retrovendendo zu Grunde liegen kann.

Damit sind die Stellen des Corpus Juris, die etwa für das pactum de retrovendendo in Betracht kommen könnten und für dasselbe angeführt zu werden

pflegen, meines Wissens erschöpft; das Ergebnis der Untersuchung ist, dass die römischen Quellen unser pactum allerdings erwähnen, jedoch nur in l. 12 D. de praescr verb. 19, 5 und auch hier so wenig ergiebig, dass wir für das Wesen desselben auch aus dieser Stelle keine allgemeinen Folgerungen ziehen können.

§ 3.

Findet das pactum de retrovendendo im kanonischen oder deutschen Recht gesetzliche Erwähnung?

Neben den oben besprochenen Stellen des corpus iuris civilis wird das pactum de retrovendendo besonders von älteren Schriftstellern fast allgemein auf c. 5 X de emtione et venditione 3, 17 und c. 4 X de pignor. 3, 21 gestützt.[1])

In cap. 5 X 3, 17 heisst es u. a.:

> „creditor debitori promisit, quod quandocunque . . daret IX uncias tarenorum . . domos eius restitueret et olivas";

„restitueret" kann hier ebenso wenig ohne weiteres als gleichbedeutend mit „retrovenderet" aufgefasst werden, wie z. B. oben in l. 2 C. 4, 54; und in cap. 4 X 3, 21 heisst es gar:

> „venditioni . . fuerit adiecta conditio, ut si . . praefato T. emtio displiceret, G. pater H. abinde usque ad annum viginti sex libras . . dare deberet",

so dass es hier höchstens zweifelhaft sein kann, ob es sich um einen resolutiv bedingten Verkauf oder um

---

[1]) So von Schilter a. a. O. (S. 175) cap. 1 § 2 Nr. 8; Leyser a. a. O. spec. 191 med. 4; Reinmann a. a. O. cap. 1 § 2; Bechmann, de pacto redimendi, Anm. a zu thes. 1; Pegius, tractatus de iure protimiseos, im Anhang S. 93. A. M. sind Corasius a. a. O. cap. IX S. 241; Lesser a. a. O. § 21 und Glück a. a. O. Bd. 19 S. 205.

ein pactum displicentiae handelt. Beide Stellen können also jedenfalls nicht als von einem pactum de retrovendendo redend angesehen werden. Auch aus den deutschen Rechtsquellen lässt sich nichts für das pactum de retrovendendo ableiten.

Die Bestimmungen des alten deutschen Reichs, welche sich mit dem „Wiederkauf" beschäftigen, tragen einen rein polizeilichen Charakter und erwähnen von einem Vorbehalt des Wiederkaufsrechts nichts. So schreitet der Reichsabschied zu Augsburg von 1500 Tit. 32 nur gegen die durch Wiederkaufvertrag verschleierten Wuchergeschäfte ein, ebenso die Reform guter Polizei von 1530 Tit. 26 § 8, die allerdings auch auf das pactum de retrovendendo bezogen werden kann, die von 1548 Tit. 17 § 8 und die P.O. von 1577 Tit. 17 § 9, die wie die beiden vorhergehenden den sechsten Zinsthaler verbietet. Mag es sich hier nun um ein wirkliches pactum de retrovendendo handeln, oder wie Lesser a. a. O. § 22 auszuführen sucht, um Darlehn- und Pfandgeschäfte; Rechtssätze irgend welcher Art lassen sich jedenfalls aus diesen Verboten etwaiger Auswüchse unseres Instituts nicht herleiten. Es wäre übrigens auch durchaus nicht der sonstigen Art der Gesetzgebung des alten Reichs entsprechend gewesen, auf diesem privatrechtlichen Gebiet andere als etwa polizeiliche Bestimmungen zu treffen.

§ 4.

Auf welcher Grundlage sind die einzelnen Rechtssätze des pactum de retrovendendo zu entwickeln?

Da bei der aus den oben angeführten Zitaten erhellenden ausserordentlichen Verschiedenheit der in Theorie und Praxis über unser pactum herrschenden Ansichten von der Bildung eines gemeinen Ge-

wohnheitsrechts nicht die Rede sein kann, müssen wir die für dasselbe geltenden Rechtssätze aus allgemeinen Erwägungen und im Wege der Analogie zu gewinnen suchen, wobei natürlich die Lehre vom Kauf in erster Linie in Betracht kommt.

Das Rechtsverhältnis beginnt damit, dass eine Sache verkauft wird, daneben wird ein obligatorischer Vertrag geschlossen, das pactum de retrovendendo, in dem sich der Käufer verpflichtet unter näher bestimmten Umständen die Sache an den Verkäufer zurückzuverkaufen, und daran schliesst sich dann im regelmässigen Verlauf die Ausführung dieses Vertrags, der thatsächliche Rückverkauf. Die Rechtsverhältnisse bezüglich der Kaufsache sind bis zum Stattfinden des letzteren daher nach den gewöhnlichen Wirkungen des Kaufs zu beurteilen, die Klagbarkeit und Erzwingbarkeit des pactum de retrovendendo, soweit sich überhaupt allgemeine Regeln darüber aufstellen lassen, nach den für die unbenannten Verträge geltenden, die Rechtsverhältnisse des zweiten Kaufs, des Wiederkaufs, dagegen wieder nach den gewöhnlichen Regeln des Kaufs, jedoch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Käufer von vornherein zum Abschluss desselben verpflichtet war. Dabei bleibt natürlich im einzelnen Fall ein weiter Spielraum für die freie Auslegung des Richters.

B. Wirkungen des pactum de retrovendendo.

§ 5.

Welche Wirkungen äussert das pactum de retrovendendo gegenüber dem ersten Verkauf? Eigentumsübergang, Früchte, Gefahrtragung.

Die Rechtsfolgen des ersten Verkaufes und der Veräusserung können durch das pactum de retro-

vendendo in keiner Weise beeinflusst werden, wie auch Sintenis a. a. O. Bd. 2 § 116 bei Anm. 227 annimmt. Derselbe ist ein vollkommen selbständig abgeschlossenes Rechtsgeschäft, welches durch das neben ihm hergehende pactum weder bedingt, noch sonst irgendwie in seinen Rechtswirkungen gehemmt ist. Der Käufer aus demselben erlangt also bei regelmässigem Hergang infolge der dem Verkauf folgenden Tradition das Eigentum an der Sache,[1]) und behält es auch, wenn das pactum später in Wirksamkeit tritt, da diesem nur obligatorische Kraft innewohnt. Der Käufer kann also die Sache mit voller Rechtswirkung weiterveräussern, dieselbe mit dinglichen Lasten belegen und überhaupt in jeder Art und Weise über sie verfügen. Soweit diese Verfügungen dinglicher Natur sind, bleiben dieselben auch von Bestand, wenn der Käufer in Erfüllung des pactum die Sache thatsächlich zurückverkauft. Es stehen also dem Wiederkäufer gegen Dritte, denen vom Käufer Rechte an der Sache eingeräumt wurden, bezw. an die er die Sache veräussert hat, niemals Ansprüche zu, da der erste Käufer, wie schon gesagt, nach aussen hin voll legitimiert war, zur beliebigen Verfügung über die Sache.[2])

Auch kann es keinen Unterschied machen,[3]) ob der Dritte das die Rechte seines Verkäufers beschränkende pactum kannte oder nicht, da ein ius ad rem, von dem z. B. Schilter c. l. cap. 1 § 6 und cap. 5 § 13

[1]) Vgl. Schweppe, Privatrecht, § 535; Bechmann, de pacto redimendi, thes. 1 Anm. d; Lauterbach, coll. theor. pract. XVIII, 1 Nr. 98. —

[2]) So auch Anton Faber, de err. pragm., dec. 22 err. 10.

[3]) Holzschuher c. l. Bd. 2b besonderer Teil cap. 9 zu Frage 14 S. 742 und auch wohl Hellfeld c. l. § 1373 a. E. und Glück c. l. Bd. 16 S. 202, sowie C. F. Koch c. l. § 247 S. 219 und Madihn, principia iuris § 189 S. 259 im Gegensatz zu Faber, de err. pragm., dec. 22 err. 10 Nr. 8.

spricht, dem römischen Recht fremd ist und heute nicht mehr anerkannt wird.[1])

Die Früchte, die er bis zum Abschluss des Rückverkaufs von der Sache zieht, fallen mit der Separation in das Eigentum des Käufers und, soweit dem Wiederkäufer überhaupt ein Anspruch auf dieselben zusteht, wirkt derselbe nur obligatorisch.

Auch auf die Tragung der Gefahr bezüglich des ersten Kaufes hat das pactum de retrovendendo keinen Einfluss. Dieselbe geht wie bei jedem gewöhnlichen Kauf mit der Perfektion des Vertrags auf den Käufer über. Geht die Sache bei ihm ohne seine Schuld zu Grunde, so wird dadurch die Erfüllung des pactum de retrovendendo unmöglich, aber den Schaden trägt der Käufer, da der Verkäufer in diesem Fall von seiner Befugnis den Rückverkauf zu verlangen zwar keinen Gebrauch machen kann, aber den ihm gezahlten Kaufpreis behält.

Die Rechte und Pflichten des Verkäufers aus dem pactum de retrovendendo.

Der Wiederkäufer ist berechtigt, den Abschluss eines Kaufvertrages zu fordern, in dem ihm sein früherer Käufer die dem ersten Vertrag zu Grunde liegende Sache zurückverkauft. Da entstehen nun eine Reihe von einzelnen Fragen.

§ 6.

Welcher Art ist die Klage, die dem Verkäufer zur Verwirklichung dieses Anspruchs aus dem pactum zusteht?

Die älteren Schriftsteller geben fast durchgehends wenigstens wahlweise die actio ven-

[1]) Vgl. Dernburg, Pand., Bd. 2 § 3, III S. 8. Eine „actio realis“ will übrigens auch Schilter c. l. cap. 5 § 13 aus dem ius ad rem nicht geben.

diti und stützen sich dabei zumeist auf l. 2 C. 4, 54.[1])

Dies erklärt sich naturgemäss daraus, dass dieselben sämtlich unter einem pactum de retrovendendo das in l. 2 C. cit. behandelte Rechtsgeschäft verstehen; fasst man dagegen den Begriff desselben in der oben von uns dargelegten Art, so ist klar, dass für das römische Recht nur eine actio praescriptis verbis aus dem neben dem Kaufvertrag abgeschlossenen unbenannten Vertrag in Betracht kommen konnte, die denn auch in l. 12 D. de praescr. verb. 19, 5 ausschliesslich gegeben wird. Heutzutage dürfte der Unterschied jedoch kaum von Bedeutung sein, da die Klage stets das ganze zu Grunde liegende Verhältnis angeben müsste, und eine falsche Benennung der Klage nicht schaden würde.

§ 7.

Von grösserer Bedeutung dagegen dürfte die Frage sein, ob

die aus dem pactum de retrovendendo entspringenden Ansprüche aktiv und passiv vererblich sind?

Auch hier können wir uns natürlich nicht unmittelbar auf die oben besprochenen Quellenstellen stützen, da l. 12 D. 19, 5 den Fall nicht vorsieht, und die übrigen nicht von unserm pactum handeln. Sicher ist wohl, dass die Parteien die aktive und

[1]) So Lauterbach c. l. XVIII, 1 Nr. 99 S. 1008 f.; Bechmann, de pacto redimendi, thes. 8 Anm. c; Packbusch c. l. cap. 2 § 1; Reinmann c. l. cap. 5 § 1; Coccei ius civ. controv. XVIII, 1 qu. 26 und die dort Genannten, sowie Donellus ad l. si fundus 2 C. 4, 54 Bd. 8 S. 1143 ff. Nr. 3 und 4 und Cuiacius, paratitla in lib. IV C. Just. Nr. 54 a. E. (tom. II S. 154) und von Neueren z. B. Bechmann, Kauf, Bd. 2 S 534.

passive Vererblichkeit gültig vereinbaren können, wofür auch die Analogie der l. 2 C. 4, 54 spricht, aber auch ohne solche Abrede muss man dieselbe meines Erachtens annehmen.

Der Wiederkäufer läuft kein besonderes Risiko, wenn er statt mit seinem ursprünglichen Gegenkontrahenten mit dessen Erben einen Kaufvertrag abschliesst; zwar kann es ihm schon allein wegen der etwaigen Eviktionsansprüche nicht gleich sein, mit wem er kontrahiert, doch steht es ja in seinem freien Belieben, ob er mit dem Erben einen Vertrag schliessen will, je nachdem ihm derselbe leistungsfähig und vertrauenswert erscheint oder nicht; für ihn ist die passive Vererblichkeit des Anspruchs also lediglich ein Vorteil. Andrerseits ist nicht einzusehen, weshalb von der gewöhnlichen Regel, dass die Verpflichtungen des Erblassers auf die Erben übergehen im vorliegenden Fall eine Ausnahme gemacht werden sollte, da es sich um Verbindlichkeiten rein geschäftlicher Natur handelt, die i. A. vom Erben, an den die zurückzuverkaufende Sache gelangt, ebensogut werden erfüllt werden können, wie vom Erblasser. Auch darin, dass die Berechtigung des Verkäufers auf seine Erben übergeht, kann weder für den Käufer, noch für seine Erben eine unbillige Belastung gesehen werden, da der Käufer ja, wenn ihm diese Konsequenz nicht genehm war, sich beim Vertragsschluss dagegen verwahren konnte, und weder er, noch seine Erben irgend welche Gefahr laufen, da sie nur Zug um Zug zu leisten brauchen, während es für den Verkäufer von höchstem Interesse ist, sein Recht auf seine Erben übertragen zu können. Dass derselbe nicht bis in alle Ewigkeit die Rechtslage des Käufers unsicher machen kann, dafür ist durch die weiter unten näher zu besprechende Verjährung gesorgt. Es ist demnach

Vererblichkeit auf Seiten des Verkäufers wie des Käufers anzunehmen, wenn die Parteien nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbart haben. Dies Ergebnis dürfte dem vermutlichen Parteiwillen am meisten entsprechen, doch darf man nicht zu eng am Wortlaut der Abmachung haften, wie z. B. das O.A.G. Celle in seinem Erkenntnis vom 8. Nov. 1853 in Seufferts Archiv VII, 181.

Die beiderseitige Vererblichkeit wird übrigens auch in der Litteratur fast allgemein anerkannt.[1])

Ganz besonders eifrig endlich wird von den Älteren die Frage erörtert, wie die Ansprüche aus dem pactum de retrovendendo geltend zu machen seien, wenn der aus demselben Berechtigte von mehreren Personen beerbt wird. Das Richtige ist wohl, dass das Recht nur von allen gemeinsam ausgeübt werden kann, da die von dem Käufer zu machende Leistung in einem „facere", d. h. dem Abschluss eines Kaufvertrags über die ganze Kaufsache besteht, eine solche Leistung aber nach l. 72 pr. D. de V. O. 45, 1 unteilbar ist. Diese Ansicht ist auch die in der Litteratur herrschende.[2])

---

[1]) So von Voet, Kommentar, tom. 1, XVIII 3 § 8 S. 627 f.; Spelter c. l. thes. 31, 35; Schilter c. l. cap. 6 §§ 29 ff. (synopsis Nr. 14); Leyser c. l sp. 191 med. 5; Pegius c. l. S. 105 ff.; Lauterbach c. l. Nr. 99 S. 1008 f.; Packbusch c. l. cap. 1 §§ 5, 10; Bechmann, de pacto redimendi, thes. 2 u. 3; Reinmann c. l. cap. 2 §§ 1, 5; Hufeland c. l. § 494; Glück c. l. Bd. 16 § 997 S. 199. Donellus dagegen in seiner Abhandlung über die l. 2 C. 4, 54 Bd. 7 S. 1143 ff. §§ 13 ff. will die Vererblichkeit einschränken, doch sind seine Gründe nicht durchschlagend. Vgl. ferner C. F. Koch c. l. § 247 S. 219 f. Allerdings gelangen fast alle diese Schriftsteller von anderen Ausgangspunkten als wir zu obigem Ergebnis.

[2]) Sie wird u. a. vertreten von Schilter c. l. cap. 6 § 30, Pegius c. l. S. 107; wohl auch Lauterbach c. l. XVIII 1 Nr. 99 S. 1008; Bechmann, de pacto redimendi, thes. 2, Anm. d; Packbusch c. l. cap. 1 § 8; von Donellus c. l. § 14;

Können sich die Erben über die Ausübung nicht einigen, so müssen sie sich, wie Pegius a. a. O. mit Recht ausführt, zunächst mit der Erbteilungsklage auseinandersetzen, erklärt jedoch einer von ihnen, das Recht nicht ausüben zu wollen, so wächst sein Anspruch den übrigen zu, wie Voet c. l. XVIII, 3 § 8 (tom. 1 S. 628) richtig hervorhebt.

Nur in einem Fall geben auch die sämtlichen oben genannten Schriftsteller, soweit sie diese Frage überhaupt erörtern, sowie Reinmann a. a. O. cap. 2 § 4 auch einem von mehreren Erben das Recht, selbständig den Rückverkauf zu verlangen; wenn nämlich derselbe dem Käufer den ganzen Kaufpreis anbietet und Sicherheit leistet wegen der Ansprüche seiner Miterben. Dieser Ansicht ist in Rücksicht auf l. 78 § 2 D. de contrah. E. 18, 1 nur zuzustimmen.

Ganz ebenso wie bei Vorhandensein mehrerer Miterben ist zu entscheiden, wenn mehrere Mitberechtigte andrer Art auftreten, z. B. Miteigentümer, die die gemeinschaftliche Sache unter Vorbehalt des Rückkaufsrechts verkauften. Endlich entsteht die Frage, wie es zu halten ist, wenn der Käufer unter Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, gegen die der Verkäufer sein Recht geltend macht. Packbusch c. l. cap. 1 § 13 lässt in diesem Fall die Erben „pro partibus hereditariis" haften, ebenso Bechmann,

weil feststehe, „neminem invitum compelli ad communionem", doch dürfte hierin nicht der wahre Grund zu suchen sein. Jedenfalls unrichtig ist die von manchen der oben genannten Schriftsteller gegebene Begründung, nach der die Unteilbarkeit der Leistung darauf beruhen soll, dass Beklagte nicht nur zum Abschluss eines Kaufvertrags, sondern auch zur Tradition der Sache verpflichtet seien, und diese letztere sei unteilbar — das vielbesprochene „fundum tradi" in l 72 pr. D. cit. —, denn auf Tradition kann erst aus dem zweiten Kaufvertrag, nicht aber aus dem pactum de retrovendendo geklagt werden.

de pacto redimendi, thes. 3 und Anm. e und Donellus c. l. § 17 selbst für den Fall, dass ein Erbe das ganze Grundstück besitzt und ihm der ganze Preis angeboten wird, denn „est actio in personam, quae inter emtoris heredes dividitur . . fundum non sequitur", während Pegius c. l. S. 108 und die dort Genannten in allen Fällen Klage gegen jeden Erben „um den gantzen Wiederkauf" geben wollen, da die verlangte Leistung auch Tradition der Sache umfasse und diese unteilbar sei. Die Unrichtigkeit dieser Begründung ist schon oben nachgewiesen, doch dürfte im Resultat der zweiten Ansicht zuzustimmen sein. Die Quellenstellen, welche Packbusch und Bechmann für sich anführen, l. 25 § 22 D. fam. ercisc. 10, 2, l. 2 C. de hereditar. action. 4, 16 und Titel si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit C. 8, 31 beweisen nicht, denn die erste sagt ausdrücklich, dass sie von Geldschulden handelt: „pecunia" -, bei der letzten erhellt es unzweifelhaft aus der Überschrift, und die zweite endlich kann sehr wohl von solchen verstanden werden, da bei ihnen die Bestellung einer Pfandsicherheit am üblichsten ist, und „onera hereditaria" gegenüber dem Fiskus im Zweifel auch in Barleistungen bestehen werden. Für Geldschulden aber gilt im Erbrecht der ganz besondere Satz: „nomina ipso iure sunt divisa". Der Abschluss eines Kaufvertrags dagegen ist eine unteilbare Leistung und kann daher auch nicht von einzelnen Erben pro parte hereditaria erfüllt werden. Die Haftung stellt sich demnach als eine solidarische dar. Keinen Unterschied macht es, ob einer allein im Besitz ist oder mehrere, denn, wie schon mehrfach erwähnt, ist die Tradition nicht Gegenstand des Anspruchs aus dem pactum de retrovendendo.

Die gleichen Regeln finden Anwendung, wenn mehrere Beteiligte aus einem anderen Rechtsgrund vorhanden sind, z. B. die Sache an mehrere zusammen unter Hinzufügung eines pactum de retrovendendo verkauft wurde.

§ 8.

Ist der aus dem pactum de retrovendendo entspringende Anspruch übertragbar?

Aus denselben Gründen, die zur Bejahung der Frage nach der Vererblichkeit der aus dem pactum de retrovendendo entspringenden Ansprüche führten, ergiebt sich auch die Übertragbarkeit derselben. Da dem Verhältnis durchaus nichts höchstpersönliches anhaftet, die Übertragbarkeit der aus demselben entspringenden Ansprüche an sich also sehr wohl möglich ist, so fragt sich nur, ob sie auch der vermutlichen Parteiabsicht entspricht. Das wird im Zweifel anzunehmen sein, da die Parteien bei Kauf und Verkauf in kein persönliches Verhältnis zu einander treten, wie es z. B. die Dienstmiete in der Regel mit sich bringt, und da dem Verkäufer, wie der Käufer sich von vornherein sagen muss, mit einem an seine und seiner Erben Person gebundenen Recht in den meisten Fällen sehr wenig gedient sein würde.[1])

Alle Einreden, die er gegen seinen Verkäufer hatte, kann der Käufer auch gegenüber dem Dritten,

[1]) Ganz in diesem Sinn hat sich das Obertribunal zu Berlin am 9. April 1872 ausgesprochen — Seufferts Archiv XXVII, 131 —. Ferner haben sich für die Übertragbarkeit erklärt Bechmann, de pacto redimendi, thes. 2; Reinmann cap 2 § 3 c. l., der eine gute Übersicht über den Stand der Frage zu seiner Zeit (1675) giebt; Packbusch c. l. cap. 1 § 6; Lauterbach c. l. XVIII, 1 Nr. 99 und die Note y daselbst Genannten, sowie Voet c. l. XVIII, 3 § 8 (tom. 1 S. 628) und Spelter c. l. thes. 32, während die Neueren sich mit der Frage nicht beschäftigen.

an welchen jener sein Recht zediert hat, geltend machen und ebenso die etwa zwischen ihm und dem Dritten persönlich bestehenden. Durch besondere Abrede kann auch die Übertragbarkeit des Anspruchs ausgeschlossen werden, und zwar dürfte eine derartige Beschränkung des Wiederkaufsrechts jedem Rechtsnachfolger des Verkäufers entgegenstehen.

§ 9.

Zu welchen Leistungen ist der Verkäufer aus dem pactum de retrovendendo verpflichtet?

Der Verkäufer muss sich, wenn er von dem pactum Gebrauch macht, verpflichten, gegen Erfüllung der Verbindlichkeiten der Gegenpartei den Kaufpreis zu zahlen. Damit kommen wir zu einer der bestrittensten Fragen in der ganzen Lehre, der Frage, wie dieser Preis zu bemessen ist. In der Litteratur findet sich wohl die Ansicht am meisten vertreten, dass der Wiederkäufer nur den empfangenen Preis zu erstatten hat, und zwar scheint hier das kanonische Recht, vielleicht cap. 4 X 3, 21, stark eingewirkt zu haben, da sich vielfach, z. B. bei Pegius c. l. S. 105 die Begründung findet, „denn so er ihm ein mehreres bezahlen müsste, so würde der erste Kontrakt für wucherlich und verdächtig gehalten.“ [1])

[1]) Den ersten Kaufpreis lassen ferner massgebend sein Voet c. l. XVIII, 3 § 7; Packbusch c. l. cap. 1 § 20; Struve, syntagma iur. civ., exerc. 23 Nr. 45 S. 843; wohl auch Reinmann c. l. cap. 5 § 2, der kurz von „reddito pretio“ spricht; Schilter c. l. synopsis Nr. 11 und cap. 6 § 8, wo eine Reihe gleichmeinender älterer Schriftsteller angeführt werden, und § 9, wo er gegnerische Ansichten widerlegt; Cocceii, ius controversum XVIII, 1 qu. 40 S. 379; Hofacker c. l. § 196 und die bei C. F. Koch § 246 S. 218 Anm. 7 Genannten, während Leyser c. l. sp. 191 m. 9; Bechmann, de pacto redimendi,

Die Streitfrage erlangt, wie auch fast von allen obigen Schriftstellern anerkannt wird, nur dann Bedeutung, wenn die Parteien nicht von vorneherein in dem pactum de retrovendendo einen Preis, zu dem der Rückverkauf stattfinden soll, festsetzen; doch geht wohl C. F. Koch c. l. S. 218 zu weit, indem er sagt, dass überhaupt kein pactum de retrovendendo, sondern ein Vorbehalt der Wiederauflösung des Geschäfts vorliege, wenn nicht der Preis, „sei es geradezu oder beziehungsweise durch Berufung auf einen Dritten oder auf eine Taxe" bestimmt sei, da sich der Wille der Kontrahenten sehr wohl auch sonst aus den Nebenumständen ergeben kann.

Die erste der beiden obigen Meinungen beruht besonders bei ihren älteren Anhängern wohl vorzugsweise auf der Verwechslung des pactum de retrovendendo mit den eine Wiederauflösung des ersten Kaufvertrags enthaltenden Abreden und auf der darauf sich gründenden Anwendung der auf letztere bezüglichen oben erörterten Quellenstellen auf unsre Lehre; doch kann auch abgesehen von dieser Begründung die Frage entstehen, ob nicht beim Fehlen ausdrücklicher Abmachungen die Zugrundelegung des alten Preises als vermutliche Absicht der Parteien anzusehen ist.[1])

thes. 5; Hellfeld c. l. § 1375; Madihn c. l. § 190 S. 261; Glück c. l. Bd. 16 § 999 S. 220 f.; Spelter c. l. thes. 24; Hufeland c. l. § 495; Sintenis c. l. Bd. 2 § 116 S. 641 bei Anm. 229 und vor allem Lesser c. l. cap. 4 §§ 42, 43, der diese Frage ex professo behandelt, meinen, da der Wiederkauf ein neuer Kauf sei, so müsse im Zweifel auch die Feststellung des Preises sich nach der Zeit des zweiten Kaufes richten, also wenn sich die Parteien dann nicht darüber einigten, das verum rei pretium durch sachverständige Schätzung ermittelt werden.

[1]) So z. B. Gebrüder Overbeck, Meditationen, Bd. 5 med. 299.

Dieselbe lässt sich meines Erachtens nicht einheitlich beantworten, sondern muss nach der Natur des einzelnen Falles beurteilt werden. Sie dürfte stets zu bejahen sein, wenn es sich wirtschaftlich um eine Leihe gegen Sicherheit handelt, die in die juristische Form des Kaufs auf Wiederkauf gekleidet wurde, zumal wenn Käufer sich Zinsen, sei es nun in der Form von Prolongationsgebühren, Mietsgeldern oder wie immer, oder überhaupt Vorteile irgend welcher Art ausbedingt, doch kann man, was für diesen Fall gilt, nicht,[1]) schlechthin verallgemeinern. Ganz anders z. B. steht es, wenn das Geschäft sich nach der Lebensstellung der Parteien, der Art des Abschlusses und seiner ganzen Haltung als ein Spekulationsgeschäft darstellt, womöglich gar nur die Differenz gezahlt und überhaupt nicht wirklich erfüllt werden soll. In solchen Fällen wird fast immer der Wert der Sache zur Zeit des Rückverkaufs als entscheidend anzusehen sein, zumal wenn für diesen ein fester Termin bestimmt ist, und es sich um Sachen handelt, für die ein Markt- oder Börsenpreis festgestellt wird.

Ausser Zweifel ist die Preisbestimmung ferner bei einer besonderen Art des pactum de retrovendendo, dem Vorbehalt des Vorkaufsrechts. In diesem Fall ist unbestritten der Käufer nicht schlechthin verpflichtet, die Sache an seinen Verkäufer zurückzuverkaufen, sondern nur für den Fall, dass er überhaupt wieder verkaufen will, verbunden, die Sache an diesen zurückzuverkaufen, falls derselbe den Preis zahlt, der dem Käufer auch von anderer Seite angeboten ist, so dass sich hier die Klage nur auf Wiederverkauf gegen Zahlung der Summe richten könnte, die

[1]) Froben zu Thibaut § 616.

dem Käufer von andrer Seite als höchstes Gebot angestellt wäre.[1])

Fehlt es jedoch, was allerdings nur sehr selten der Fall sein dürfte, sowohl an einer ausdrücklichen Preisbestimmung, wie an jeglichem Anhaltspunkt für die von den Parteien beim Abschluss des pactum de retrovendendo verfolgten Absichten, so dürfte der zweiten der obengenannten Ansichten der Vorzug zu geben sein und zwar aus dem dort vertretenen Grunde, dass die Parteien sich nicht zur Rückgängigmachung des alten, sondern zum Abschluss eines neuen Kaufes verpflichten. Sehr wohl kann auch hier ein pactum de retrovendendo vorliegen, indem die Parteien sich verpflichten, zu dem Preis zu kaufen bezw. zu verkaufen, über den sie sich seinerzeit einigen werden, worin im Zweifel für den Fall, dass eine solche Einigung nicht zu stande kommen sollte, die Unterwerfung unter die Schätzung Sachverständiger als von vorneherein in's Auge gefasst angesehen werden kann.[2])

Bei der Frage nach der Preisbestimmung ist noch zu erörtern, ob Aufwendungen auf die Sache, sowie zufällige Verbesserungen, Vermehrungen, Verschlechterungen, Verminderungen oder schuldhafte schadenbringende Behandlung der Sache auf den Wiederkaufspreis von Einfluss sind?

a. Aufwendungen. In dem zuletzt von uns erwähnten Fall, in dem die Parteien die Preisbestimmung künftiger Einigung vorbehielten, und eventuell das verum rei pretium zur Zeit des Wiederkaufs durch Sachverständige festzustellen war, erledigt sich die Frage von selbst, indem hier naturgemäss auf alle derartigen Umstände

[1]) So auch das oberste L.G. für Bayern 15. Oktober 1883 in Seufferts Archiv XXXIX, 100.

[2]) Vgl. Sintenis c. l. Bd. 2 § 116 S. 641.

Rücksicht genommen wird, da es sich darum handelt, den wahren objektiven Sachwert zur Zeit des zweiten Kaufabschlusses festzustellen.[1])

Schwieriger dagegen ist die Entscheidung, wenn nach Lage des Falls oder ausdrücklicher Bestimmung ein fester Preis, meist der des ersten Verkaufs, gesetzt ist. Nur darüber herrscht unter den Gelehrten Einigkeit, dass die laufenden Ausgaben für die Fruchtgewinnung, sowie Steuern, die bis zum Wiederverkauf etwa fällig gewordenen und bezahlten Raten von Reallasten und ähnlichen Abgaben dem Wiederverkäufer nicht zu ersetzen sind, sondern mit dem Fruchtgenuss und Gebrauch der Sache kompensiert werden, sowie dass demselben wegen impensarum voluptuariarum nur ein ius tollendi zusteht, und auch dies nur, soweit nicht die Sache durch Wegnahme dieser Anlagen schlechter werden würde, als sie vor Herstellung derselben war, und vorausgesetzt, dass nicht der Wiederkäufer bereit ist, den Wert zu ersetzen, den die Sachen nach der Wegnahme für jenen haben würden.[2])

Im Übrigen gehen die Ansichten weit auseinander. Schilter c. l. cap. 6 § 10 hält Ersatz der nicht durch Verschulden des Käufers veranlassten notwendigen Aufwendungen für selbstverständlich, will aber auch Ersatz der nützlichen gewähren, soweit der Nutzen noch fortdauert, und die Aufwendungen nicht übermässig sind. Ebenso Bechmann, de pacto redimendi, thes. 5 Anm. e; Pegius c. l.

[1]) Vgl. Glück c. l. S. 221; Leyser c. l. med. 12; Lesser c. l. cap. 4 § 42.

[2]) So Schilter c. l. cap. 6 §§ 11 und 12; Leyser c. l. spec. 191 med. 13 S. 438, med. 16; Bechmann, de pacto redimendi, thes. 8 Anm. e; Pegius, c. l. S. 125 f.; Lesser c. l. cap. 3 §§ 29 ff., § 37 S. 39 f, cap. 4 § 39 Anm.; Glück, Bd. 16 § 999 Anm. 27; C. F. Koch c. l. § 248 S. 224.

S. 125. Hellfeld c. l. § 1375 will Ersatz aller Aufwendungen zubilligen, „quibus melior rei emendae rei conditio existit", ähnlich Glück c. l. S. 221 ff. Ersatz der durch Schuld des Käufers veranlassten Aufwendungen nie, der übrigen „zur Erhaltung oder Verbesserung" gemachten, soweit der Erfolg noch vorhanden. Genau so fasst Sintenis c. l. S. 641 den Anspruch des Käufers; ganz anders dagegen Leyser und das bei ihm c. l. med. 13 angeführte Gutachten der Juristenfakultät zu Wittenberg, welche Ersatz der notwendigen Aufwendungen unter allen Umständen ablehnen, „nam . . haec ad conservationem rei venditae, ad quam emtor per se obligatus erat, pertinent", während Leyser med. 14 c. l. die nützlichen ersetzen will, soweit sie dauern und nicht übermässig sind. Denselben Gedankengang verteidigen Lesser c. l. cap. 3 § 31 ff. und C. F. Koch c. l. § 248 S. 224, wenn sie auch über das, was zu den notwendigen bezw. nützlichen Aufwendungen zu rechnen sei, nicht ganz übereinstimmen.

Die Vertreter dieser letzteren Ansicht, die namentlich von C. F. Koch c. l. S. 225 f. für einen einzelnen Fall vorzüglich begründet ist, haben den richtigen Grundgedanken gemeinsam, dass der Wiederkäufer nur die Aufwendungen zu ersetzen braucht, durch die die Sache thatsächlich noch jetzt besser ist, als sie beim Verkauf war. Das entspricht der besonderen Natur des Verhältnisses. Wenn der Verkäufer, falls er von seinem Recht Gebrauch machen will, verpflichtet ist, den Preis zu zahlen, den er seinerzeit empfangen hat, so ist demgegenüber der Käufer verpflichtet, die Sache in dem Zustand zurückzuverkaufen, in dem sie ihm verkauft wurde; geht sie ohne sein Verschulden vor Abschluss des zweiten Kaufes unter, so wird er von seiner Verpflichtung aus dem pactum, einen neuen Kaufvertrag

über sie abzuschliessen, befreit, da dieser zweite Vertrag wegen ursprünglicher Unmöglichkeit der in ihm versprochenen Leistung ungültig sein würde, bekommt aber auch den Kaufpreis nicht; stellt er sie nun auf seine Kosten wieder her oder wendet er Mittel auf, den drohenden Untergang von ihr abzuwehren, so erhält er sich damit seine Aussicht und für den Fall, dass das pactum geltend gemacht wird, seinen Anspruch auf den Preis. Den Wiederkäufer mit Ersatz dieser Aufwendungen belasten, hiesse nichts Anderes, als ganz willkürlich die Gefahr der Sache für den Fall, dass er am pactum festhalten wird, auf ihn übertragen. Dagegen ist es nur billig, dass er dem Käufer Aufwendungen, durch die die Sache wirklich dauernd gebessert ist, ersetze, da er auf Kosten des Käufers mehr erhält, als er mit Leistung des festen Preises bezahlt.[1])

Nur dürfen, darüber sind auch die obengenannten Schriftsteller einig, die Verwendungen nicht übermässig sein, so dass ihr Ersatz und damit der Rückkauf dem Wiederkäufer unmöglich wird, denn dann hören sie eben auf, ihm gegenüber nützlich zu sein, und es kann dem Käufer nur ein ius tollendi bezüglich derselben gewährt werden.

Die richtige Grenze unter Berücksichtigung des Gegenstandes, sowie der Lebens- und Vermögensverhältnisse der Parteien zu finden, muss dabei für den einzelnen Fall dem freien Ermessen des Richters überlassen bleiben.[2]) Stets wird nur ersetzt, um wieviel die Sache zur Zeit des Verkaufs wirklich

[1]) Nicht zuzustimmen ist daher dem Erkenntnis des O.A.G. Jena vom 1. Juni 1855, das höchstens ein ius tollendi wegen nützlicher Aufwendungen geben will — Seufferts Archiv XIII, 96 —.

[2]) Vgl. besonders l. 38 D. de R. V. 6, 1, ferner l. 25 D. de pign. act. vel contra 13, 7 und l. 15 § 34 D. de damno inf. 39, 2.

noch besser ist und nie mehr, als der Käufer aufgewandt hat.

b. Verschuldung. Endlich möge noch bemerkt werden, dass, solche Aufwendungen, die infolge Verschuldens des Käufers notwendig geworden sind, diesem niemals zu ersetzen sind.[1]) Ist dagegen der Wert der Sache infolge schuldhafter Behandlung derselben durch den Käufer verringert worden, so mindert sich um die Höhe dieses Schadens nicht nur der schätzungsmässig zu bestimmende, sondern auch der fest vereinbarte Kaufpreis, doch kommt hier nicht nur die objektive Einbusse am wahren Sachwert in Betracht, sondern der Wiederkäufer kann aus dem pactum de retrovendendo Ersatz des vollen Interesses verlangen, welches er dran hatte, dass er die Sache in dem Zustand, in dem er sie verkaufte, zurückkaufen könne.[2])

Der Grad der von dem Käufer zu vertretenden Verschuldung ist, wie auch Glück c. l. hervorhebt, der nämliche wie beim Verkauf selber, wie sich schon aus der engen Verbindung, in welcher die Verpflichtungen aus dem pactum zum Kauf stehen, ergiebt. Da er stets gewärtig sein mus, sich zum Verkauf der wohlerhaltenen Sache an den Wiederkäufer gezwungen zu sehen, kann der Käufer nicht mit der vollen Freiheit des Eigentümers mit derselben schalten, sondern muss sich mit der diligentia boni patris familias jederzeit die Möglichkeit vertragsmässiger Erfüllung erhalten.

---

[1]) Glück c. l. S. 221; Pegius c. l. S. 217 und Lesser c. l. § 36.

[2]) So Schilter c. l. cap. 6 § 17; Bechmann, de pacto redimendi, thes. 8 Anm. f; Packbusch cap. 2 § 2 c. l.; Sintenis c. l. Bd. 2 § 116 bei Anm. 232 (S. 642); Glück c. l. Bd. 16 S. 218 f.; C. F. Koch c. l. § 249 S. 228 f.; vgl. Lesser c. l. § 48.

c. Zufall. Ist jedoch der Wert der Sache durch Zufall oder jedenfalls vom Käufer nicht zu vertretende Ereignisse verringert, so ist der Wiederkäufer bei fest bestimmtem Preis nicht berechtigt, deswegen Abzüge zu machen. Die Abmachung der Parteien ist billigerweise nur dahin zu verstehen, dass der Käufer sich verpflichtet, die Sache in dem Zustande, in dem sie sich ohne sein Verschulden derzeit befinden wird, dem Verkäufer zurückzuverkaufen, falls dieser bereit ist, ihm dann jenen festen Preis dafür zu zahlen. Diese Abmachung einer bestimmten Summe wird auch auf die Höhe des ersten Kaufpreises einwirken, so dass sie schon deswegen nicht durch spätere Zufälligkeiten in Frage gestellt werden darf. Ausserdem wird in vielen Fällen der Käufer sich auf die ihn schwer belastende Abrede des Wiederkaufsrechts nur in Rücksicht darauf einlassen, dass ihm für den Fall, dass der Verkäufer von demselben Gebrauch machen sollte, ein fester Mindestpreis zugesichert wird.[1])

Umgekehrt hat aber auch der Verkäufer bei festbestimmtem Preis bei Eintritt des Rückkaufs nicht mehr zu zahlen, wenn die Sache inzwischen ohne Aufwendungen von seiten des Käufers an Wert gewonnen hat, denn andernfalls wäre nicht einzusehen, weshalb die Parteien überhaupt einen Preis vereinbart hätten, statt von vorneherein denselben der sachgemässen Abschätzung zur Zeit des Rückkaufs zu überlassen; gerade hierin liegt der Unterschied der beiden Fälle.

d. Vermehrungen. Eine andere vielumstrittene Frage ist die, ob der Verkäufer berechtigt

[1]) Zu demselben Ergebnis gelangen denn auch Glück c. l. § 999 und Sintenis c. l. Bd. 2 § 116 bei Anm. 232 (S. 642), während Lesser c. l. § 47 und Madihn c. l. § 190 S. 260 dem Verkäufer gestatten wollen, auch wegen zufälliger Wertminderung Abzüge zu machen.

ist, Vermehrungen, welche die Sache erfahren, mit dieser selbst verkauft zu verlangen, und ob solche einen Einfluss auf den von ihm zu zahlenden Preis ausüben würden? Die meisten Älteren wollen dem Käufer die sämtlichen Vermehrungen der Sache von der Verpflichtung zum Rückverkauf frei belassen,[1]) während Cocceius, ius civ. controv., XVIII, 1 qu. 42 (S. 380) Rückverkauf ohne Erhöhung des ersten Preises für angemessen hält. Die letzte auch von C. F. Koch c. l. § 248 S. 227 unter c vertretene Ansich dürfte die richtige sein. Zwar lässt sich aus l. 23 § 1 D. de aed. E. 21, 1 kaum ein Beweis entnehmen, da der Fall der Redhibition auf ganz anderen Grundlagen als der unsrige ruht, so dass man dessen Sätze nicht ohne weiteres übertragen kann. Auch scheint mir C. F. Koch a. a. O. zu weit zu gehen, wenn er sagt: „auf seiten des Verpflichteten ist der Vertrag perfekt, folglich das Verhältnis gerade so, wie bei bereits zu stande gekommenem Kauf" und dementsprechend die l. 7 D de peric. et commodo 18, 6 heranzieht; denn als „perfekt" kann der Kauf auch auf seiten des Verpflichteten immer erst mit dem wirklichen Abschluss, nicht schon mit der Verpflichtung zu einem solchen angesehen werden. Doch ist es meines Erachtens unzweifelhaft, dass der Käufer, wie er rem cum omni causa erhalten hat, dieselbe ebenso zurückverkaufen muss. Was nun unter den Begriff der Kaufsache nebst Zubehör fällt, ist nach den jeweiligen Verkehrsbegriffen zu beur-

[1]) So Spelter c. l. thes. 42; Lauterbach c. l. Nr. 99 S. 1009; Reinmann c. l. cap. 5 § 5 mit der Einschränkung, dass der Verkäufer zwar den Verkauf des „incrementum sive facto hominis sive natura contingat" verlangen könne, aber nur gegen besondere Bezahlung; ebenso Schilter c. l. cap. 6 § 4 „quia ex alia causa dominium eius acquisiverat"; Madihn c. l. § 190 S. 260 und Struve, synt., exerc. 23 Nr. 45 S. 844.

teilen, soweit sich nicht der Zuwachs wie z. B. die von Cocceius und Pegius besprochene alluvio ohne weiteres als accessio der Hauptsache darstellt. Ausserdem ist es nur eine billige Abwägung, dass der Käufer, wie er keinen Abzug von dem festen Preis zu dulden braucht, wenn die Sache ohne sein Verschulden verringert ist oder an Wert verloren hat, auch andrerseits keinen Aufschlag fordern kann, wenn dieselbe ohne Aufwand seinerseits an Wert oder Substanz gewonnen hat.[1])

Hat der Käufer die Kaufsache schuldhafterweise vernichtet, so haftet er aus dem pactum der retrovendendo auf's volle Interesse des Verkäufers.

e. Schatzerwerb. Die Eigentümerhälfte an dem in der Sache gefundenen Schatz kann bei der Preisbestimmung nicht in Frage kommen, da sie zweifellos dem Käufer gebührt, der zur Zeit der Entdeckung wirklicher Eigentümer der Sache ist, und da die Schatzhälfte keine accessio darstellt; die obligatorische Verpflichtung, die Sache später eventuell zurückveräussern zu müssen, kann sich auf solche Erwerbe ebensowenig beziehen, wie sie Zurückgabe der gezogenen Früchte zur Folge hat.[2])

§ 10.

Was erlangt der Verkäufer aus dem pactum de retrovendendo?

In der Litteratur herrscht hier vor allem ein lebhafter Streit, ob der Verkäufer auf Grund des pactum de retrovendendo den Käufer eventuell durch Klage zwingen kann „praecise retrotradere rem", oder ob er zufrieden sein muss, wenn der ihm Lei-

[1]) A. M. Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2 § 453.
[2]) Unrichtig Schilter c. l. cap. 6 § 4 und Pegius c. l. S. 132.

stung des Interesses anbietet. Diese letztere Ansicht wird unter den Älteren namentlich vertreten von Faber, de err. pragm., dec. 22 err. 4, der sich unter anderm darauf stützt, dass eine Handlung nicht erzwungen werden könne, und Voet c. l. XIX, 1 § 14 S. 621 ff., für den der obige Grund Fabers gleichfalls bestimmend ist.[1]) Doch fanden sich schon früh Dissentienten.[2])

Die erste Ansicht stützt sich vornehmlich auf l. 17 C. de fide instr. 4, 21 und l. 4 C. de act. E. V. 4, 49; doch ist letztere Constitution ein Reskript an einen Privaten, so dass es bei dem Fehlen des dem Kaiser vorgelegten Thatbestandes von vorneherein misslich erscheinen muss, allgemeine Rechtssätze aus derselben abzuleiten, und ferner können beide sehr wohl und ungezwungen dahin verstanden werden, dass die Leistung des Interesses nur subsidiär, d. h., wenn die Hauptleistung durch Schuld des Verkäufers unmöglich geworden, in's Auge gefasst werde, zumal in § 1 J. de E. et V. 3, 23 von dieser Leistung des Interesses nicht die Rede ist, sondern nach ihr der Verkäufer unmittelbar zur Tradition, also zu einer Handlung gezwungen werden soll. Dass das den Anforderungen des Verkehrs entspricht, liegt auf der Hand, da die Erlangung des Geldinteresses bei ungezählten Käufen durchaus nicht der Absicht, welche den Käufer zum Abschluss veranlasste, entspricht. Auch muss es unbillig erscheinen, es in die Willkür

[1]) Ferner von G. Noodt zu D. 19, 1 S. 419 f.; Donellus, comment. lib. 13 cap. 2 § 4; Hofacker, princ. iur. civ., § 1914 II.

[2]) So Packbusch c. l. cap. 2 § 4; Lauterbach c. l. XVIII, 1 Nr. 99 S. 1008; Bechmann, de pacto redimendi, thes. 8 Anm. g; Reinmann c. l. cap. 2 § 7; Schlüter, de iure reluitionis ex pacto de retrovendendo competente, praescriptioni obnoxio, cap. 1 § 8; Struve, syntagma, exerc. 23 Nr. 45 S. 843, vgl. allerdings auch Nr. 43 S. 842; Cocceius c. l. XVIII, 1 qu. 39; Glück c. l. Bd. 16 S. 200 II und Anm. 68, S. 113 ff.

des Verkäufers zu setzen, ob er wirklich erfüllen will oder nicht, und wenn der Verkäufer sich böswillig bezeigt, den Käufer mit dem Beweis seines Interesses zu belasten.

Bei richtiger Fassung des pactum de retrovendendo können jedoch diese Zweifel überhaupt nicht in Frage kommen, da die Tradition erst ein Ausfluss des zweiten Kaufvertrags ist, das pactum de retrovendendo dagegen nur einen Anspruch auf dessen Abschluss giebt, welcher bei der heute allgemein anerkannten Klagbarkeit und Vollstreckbarkeit des pactum de vendendo und anderer auf Abschluss von Konsensualverträgen gehender Abreden zweifellos auch im Wege der Klage erzwungen werden kann, so dass man sich nicht ohne weiteres auf das Interesse zu beschränken braucht.[1])

Nach dem heutigen Zivilprozessrecht steht jedenfalls einer Klage auf Abschluss eines Vertrags und dementsprechender Verurteilung und Vollstreckung nichts entgegen, wie sich unter anderm argumento a contrario aus § 779 Abs. 2 C.P.O. ergiebt. Demnach erkennt auch Seuffert, Kommentar zur C.P.O., zu § 779 Nr. 1 Abs. 3 die Möglichkeit der Verurteilung zum Abschluss eines Vertrages mit festbestimmtem Inhalt an.[2])

[1]) Vgl. Regelsberger, zivilrechtliche Erörterungen, Heft I S. 131, und A. G. Celle 16. Juni 1869 in Seufferts Archiv XXV, 239. A. M. sind allerdings Arndts, Pand., § 301 und Demelius, Untersuchungen, I S. 195, die nur eine Klage auf das Interesse geben wollen.

[2]) Dass man, selbst wenn der Käufer die Sache inzwischen an einen andern veräussert hat, nicht auf das Interesse zu klagen braucht, sondern zunächst auf Erfüllung zu klagen hat, ist übrigens schon 1848 vom O.A.G. Dresden — Seufferts Archiv II, 171 — ebenso eingehend wie treffend auf Grund der Quellen ausgeführt. Vgl. auch das Erkenntnis des O.A.G. Celle von 1837 in Seufferts Archiv VII, 36, wo ebenfalls auf Erfüllung, nicht auf Leistung des Interesses geklagt wird.

Es ist auch durchaus nicht einzusehen, weshalb die Klage auf Erfüllung, d. h. auf Abschluss des Rückverkaufs, ausgeschlossen sein sollte, wenn wie im vorliegenden Falle der Inhalt der Obligation erlaubt ist, und die Erfüllung vom reinen Willen des Käufers abhängt. Wenn überhaupt auf Abgabe einer Willenserklärung geklagt werden kann, und dass dies möglich ist, ergiebt sich schon daraus, dass die C.P.O. Bestimmungen über die Vollstreckbarkeit derartiger Urteile getroffen hat, so müssten im einzelnen Fall schon ganz besondere Gründe vorliegen, wenn die Klage auf Erfüllung ausgeschlossen und nur die auf das Interesse zulässig sein sollte, wie man etwa beim pactum de mutuo dando et accipiendo dafür geltend machen kann, dass der Darlehnsgeber kein Interesse daran hat, dass sein Gegenkontrahent das beabsichtigte Darlehn auch wirklich nehme, wenn er nur seinen Verlust an Zinsen, Unkosten u. dgl., m. a. W. sein Interesse ersetzt halte. Derartige besondere Gründe liegen aber beim pactum de retrovendendo nicht vor. Dass es etwa dem Käufer unmöglich sein wird, das von ihm abzuschliessende zweite Kaufgeschäft zu erfüllen, weil er die Sache an einen Dritten weiter veräussert hat, und dieser nicht gewillt ist, sie ihm wieder zu überlassen, hat mit seiner Verpflichtung zum Abschluss desselben zunächst nichts zu thun, da man auch fremde Sachen verkaufen kann, sondern kommt erst in Frage, wenn aus diesem Leistung von ihm verlangt wird. Ist dagegen die Sache vor Abschluss des zweiten Verkaufes untergegangen oder ausser Verkehr gesetzt, so kann ein Kauf über dieselbe nicht mehr gültig abgeschlossen werden,[1]) sind jedoch andere Sachen an die Stelle getreten, so erstreckt

[1]) Vgl. Windscheid, Pand., Bd. 2 § 264, § 264, 1. —

sich jetzt, wie das Obertribunal Berlin in seinem Erkenntnis vom 10. Juli 1877 — Seufferts Archiv XXXIV, 28 — ausführt, das Rückkaufsrecht auf diese, andernfalls bleibt allerdings nur eine Klage auf das Interesse.

§ 11.

Fortsetzung.

Ausserordentlich bestritten ist ferner die Frage, ob der Verkäufer auch den Rückverkauf gezogener Früchte beanspruchen kann und ev. welcher? Es handelt sich hier allerdings eigentlich um eine Folge des zweiten Kaufvertrages, nicht unmittelbar des pactum de retrovendendo, das an sich mit Abschluss des zweiten Kaufvertrags erledigt ist, doch wirkt das pactum vielfach auf die Folgen dieses letzteren ein, und sind dieselben daher insoweit hier ebenfalls zu besprechen. Die Meinungen über das Recht auf die Früchte gehen weit auseinander. Einen ausführlichen Überblick über den Stand der Lehre zu seiner Zeit (1678) giebt Schilter c. l. cap. 6 §§ 36 ff., der sich selber der von Packbusch c. l. cap. 2 §§ 5 ff. vertretenen Ansicht anschliesst, dass die stehenden Früchte mit zu verkaufen sind, Rückverkauf der Sache aber nur zu der gleichen Jahreszeit verlangt werden kann, zu der der Verkauf stattfand, während die herrschende z. B. von Struve, synt. exerc. 23 Nr. 45 S. 843 f. vertretene Lehre annahm, dass die anstehenden Früchte des letzten Jahres „pro rata temporis" zu teilen seien.[1])

[1]) Lauterbach c. l. XVIII, 1 § 99 sagt: Alle bis zum Angebot des Preises perzipierten Früchte behält der Käufer, die anstehenden aber werden „pro rata temporis" geteilt. Nach Donellus c. l. §§ 18 ff. sind alle Früchte herauszugeben bezw. zu ersetzen, die nach Angebot der Kaufsumme gewonnen wurden, die andern aber behält der Käufer, wobei noch im Einzelnen Unterscheidungen gemacht werden; ebenso Voet c. l.

Auch diese Frage erledigt sich verhältnismässig einfach, wenn der Kaufpreis nach dem Wert der Sache zur Zeit des Rückverkaufs bestimmt werden soll, indem dann bei der Festsetzung desselben die anstehenden Früchte zu berücksichtigen sind, wie dagegen, wenn von vorneherein ein fester Preis bestimmt ist?

Es liegt nahe in Anlehnung an die Bestimmungen des römischen Rechts über die Rückgabe der Dotalsachen an eine Teilung der Früchte des letzten Jahres zu denken, damit nicht etwa der Verkäufer eines Grundstücks, der dasselbe nach Aberntung unter Vorbehalt des Rückkaufsrechtes für den gleichen Preis verkaufte, den Käufer um eine ganze Ernte schädigen könne, indem er zur Zeit der anstehenden Ernte des nächsten Jahres von seinem Rückkaufsrecht Gebrauch macht, also bevor dieser auch nur den geringsten Nutzen von dem Grundstück gehabt haben kann. Indes liegen die Verhältnisse hier doch wesentlich anders. Zunächst handelt es sich hier um rein geschäftliche Beziehungen, so dass eine Fürsorge für den Käufer lange nicht so notwendig erscheint, wie für die Frau bezüglich der dos; denn bei Abschluss einer Ehe wird naturgemäss in der Regel auf die geschäftliche Seite, zumal von der Frau, leicht wenig Acht gegeben.

XVIII, 3 § 7 S. 627; Bechmann, de pacto redimendi, thes. 8 bezüglich der zur Zeit des Rückkaufs anstehenden Früchte, der fructus naturales, während er die fructus civiles „pro rata temporis" teilen will, und Pegius c. l. S. 117 ff.; Leyser c. l. med. 19 will dem Käufer alles lassen, was er „durante contractu percepit", ebenso Corasius c. l. lib. 3 cap. 9 § 6 S. 244 „cum semper iuris interpretatione prima emtio robur et effectum habuerit", und Cocceius endlich spricht c. l. XVIII, 1 qu. 43 die ganzen zur Zeit des Rückverkaufs anstehenden Früchte dem Wiederkäufer zu, da sie „pars fundi" seien. Ebenso gestützt auf l. 2 C. 4, 54 Schweppe c. l. § 535 S. 443.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Käufer sich von vorneherein auf die Eventualitäten eines Rückkaufs gefasst machen muss[1]) und es in der Hand hat, sich gegen Übervorteilungen dieser Art in gewisser Weise zu decken, indem er über einen dieser Gefahr entsprechenden niedrigen Kaufpreis nicht hinausgeht. Gegen eine Teilung der Früchte des letzten Jahres spricht aber vor allem die oben besprochene l. 2 C. de p. int. E. et V. compos. 4, 54, die wenn auch nicht von einem pactum de retrovendendo, so doch von einem analogen Fall handelt. Nach dieser soll der Käufer alle Früchte, die er bis zum Angebot des Preises perzipiert hat, behalten, alle später perzipierten und die anstehenden dagegen bei Rückgabe der Sache herausgeben.

Diese Entscheidung ist analog auch auf unsern Fall anzuwenden, wobei an Stelle des Angebots des Preises die Aufforderung zum Rückverkauf zu treten hat, da der Käufer von diesem Zeitpunkt an in Verzug ist und es offenbar unbillig wäre, wenn er aus seiner vertragswidrigen Handlungsweise noch Vorteile ziehen sollte. Da ferner die Stelle dem Käufer sogar Herausgabe von schon perzipierten Früchten auferlegt, ist offensichtlich, dass derselbe nach ihr keinen Anspruch auf die noch anstehenden haben kann, und das entspricht auch der Billigkeit vollkommen. Es wäre unter allen Umständen eine grosse wirtschaftliche Gefahr, wenn der Käufer einen grossen Teil der vielleicht für die eignen Bedürfnisse des Grundstücks nötigen Früchte oder gar alle mit sich fortnehmen könnte, deswegen bleiben die Früchte auf dem Grundstück, und der Käufer wird eventuell in andrer Weise entschädigt. Wenn er nämlich die Sache ohne Früchte bekam, sie dagegen mit Früchten

[1]) Vgl. l. 9 § 1 D. loc. cond. 19, 2.

abliefert, so ist dieselbe in Rücksicht auf sein Verhältnis zum Verkäufer auf seine Kosten melioriert, und diese Kosten der Aufbesserung sind ihm als impensae utiles vom Verkäufer zu ersetzen; denn wenn auch die Kosten, die für die Fruchtziehung aufgewandt werden, i. A. mit den gewonnenen Früchten zu kompensieren sind, so kann doch davon immer nur insoweit die Rede sein, als der Käufer auch Früchte bekommen hat. Andernfalls ist ihm nach den gewöhnlichen, oben entwickelten Grundsätzen über Ersatz der nützlichen Verwendungen das zu erstatten, was er für die Fruchtziehung ausgegeben hat. Das wird in der Regel allerdings weniger sein als der Wert der Früchte selber, aber der Käufer wird dadurch doch vor Schaden im Wesentlichen bewahrt.[1])

Das bisher Gesagte kann jedoch nur für fructus naturales gelten; auf fructus civiles treffen die obigen Erwägungen zum grossen Teil nicht zu; diese sind daher wohl am richtigsten nach Analogie der Bestimmungen über den Niessbrauch[2]) nach Verhältnis der Zeit, während welcher ein jeder die Kaufsache zu eigen hat oder ohne Verzug des andern Teils gehabt hätte, zu teilen, ohne Rücksicht darauf, wann sie fällig wurden. Bei Grundstücken wäre hier wieder, wie auch Donellus c. l. § 21 will, nicht die Zeit des Kalender-, sondern die des Fruchtjahrs nach l. 58 pr. cit. entscheidend.

---

[1]) Zu demselben Resultat gelangt auch Donellus in seiner Abhandlung zu l. si fundus 2 C. 4, 54 (opera omnia Bd. 8 S. 1743 ff.) § 20.

[2]) ll. 26 und 58 pr. D. usufructu, et quemadmodum utatur fructur 7, 1.

§ 12.

Wann kann der Verkäufer seine Rechte aus dem pactum geltend machen?

Über diesen Punkt unsrer Lehre, besonders über die Frage der Verjährung ist eine ausserordentlich umfangreiche Litteratur vorhanden, die wir bei Glück c. l. Bd. 16 § 999 so erschöpfend zusammengestellt finden, dass es im Wesentlichen genügen wird, auf jene Übersicht zu verweisen. Untersuchen wir nun die einzelnen möglichen Fälle.

a. Von welchem Augenblick an kann der Verkäufer Rechte aus dem pactum geltend machen?

Ist darüber nichts verabredet oder nach Lage der Sache als vereinbart anzusehen, so ist,[1]) der Abschluss des pactum als massgebender Zeitpunkt zu betrachten, jedoch ist erforderlich, dass die Tradition der Sache voraufgegangen ist, da es rechtlich unmöglich ist, eine Sache zurückzukaufen, deren Eigentum man überhaupt noch nicht aufgegeben hat. Häufig jedoch wird sich aus den Umständen, unter denen der Verkauf abgeschlossen wird, ergeben, dass der Verkäufer sein Recht erst nach bestimmter Zeit ausüben darf. So wird man z. B., wenn jemand eine Sache kauft in der ausgesprochenen Absicht, sie zu einem bestimmten vorübergehenden Zweck zu verwenden, annehmen müssen, dass das dem Verkäufer eingeräumte Rückkaufsrecht erst nach Ablauf eines Zeitraums solle geltend gemacht werden, in welchem dieser bestimmte Gebrauch hätte vorgenommen werden können. Richtiger ist es jedenfalls, in solchen Fällen ausdrücklich einen dies a quo zu verein-

[1]) So mit Recht Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 2 § 265 S. 317.

baren, vor dessen Eintritt der Rückverkauf nicht verlangt werden kann.

b. Wie lange ist der Verkäufer sein Recht auszuüben befugt?

Diese Frage erledigt sich am einfachsten, wenn die Parteien der Nebenabrede einen dies ad quem hinzugefügt haben, da mit Ablauf dieses Tages das Recht des Verkäufers schlechthin erlischt. Dass er etwa ohne seine Schuld ausser stande war, seine Ansprüche in dieser Zeit geltend zu machen, ändert daran nichts, es kann höchstens, wenn deren allgemeine Voraussetzungen vorliegen, eine restitutio in integrum stattfinden.[1])

Neben dem Verzicht, der unzweifelhaft möglich ist, da es sich um eine rein vermögensrechtliche Befugnis des Verkäufers handelt, kommt als Endigungsgrund dann noch die Verjährung in Betracht, die auch für den eben besprochenen Fall der Befristung von Bedeutung werden kann, nämlich wenn der Verkäufer innerhalb der Frist den Rückverkauf verlangt hat. Über diese sind mehrere Monographieen verfasst, die sich bei C. F. Koch c. l. § 250 S. 230 aufgeführt finden.[2])

Es stehen sich hier drei Hauptansichten gegenüber.

1. Das Recht verjähre stets in 30 Jahren, dies sei nach l. 3 C. de praescr. 30 vel 40 annor. 7, 39 die allgemeine Verjährung für alle persönlichen Klagen,

[1]) Unrichtig daher Schott, opuscula iuridica, de praesciptione iuris bona sub pacto de retrovendendo alienata reluendi § 4 S. 289, der wie die Verjährung, so auch die Befristung in unserem Fall nur wirken lassen will, wenn dem Verkäufer „negligentia" vorzuwerfen ist.

[2]) Die von Kayser, Semmler und Bachow sind mir nicht zugänglich gewesen. Vgl. ferner die Zusammenstellung bei Glück c. l. Bd. 16 § 998.

und es sei nicht einzusehen, weshalb die Klage aus dem pactum de retrovendendo eine Ausnahme bilden solle; auch die bei Abschluss desselben gebrauchten Ausdrücke könnten daran nichts ändern, da die Verjährung aus Rücksicht auf das öffentliche Wohl eingeführt sei und daher nicht von vorneherein durch Verzicht ausgeschlossen werden könne.[1])

2. Eine andere Gruppe will in unserm Fall die Verjährung überhaupt ausschliessen, da das Verlangen des Rückverkaufs für den Verkäufer eine res merae facultatis sei.[2])

3. Die Dritten endlich meinen, es komme für unsere Frage auf die bei Abschluss des pactum gebrauchten Worte an. Bei einem Vorbehalt des Wiederkaufsrechts für alle Zeiten, ewig, wenn und so oft er wolle u. dgl. könne keine Verjährung stattfinden, da dadurch die Befugnis des Verkäufers den Rückverkauf zu verlangen zu einer res merae facultatis desselben gemacht werde; fehle es dagegen an einer solchen ausdrücklichen Bestimmung, und enthalte das pactum überhaupt keine Zeitbestimmung,

---

[1]) So im Wesentlichen die bei Glück c. l. Note 88 Genannten, sowie Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2 § 453, der jedoch, wenn der Wiederkauf „für ewige Zeiten" vorbehalten wurde, die Verjährung durch eine vor Ablauf der dreissig Jahre eingelegte Verwahrung abwenden will; ferner Pegius c. l. S. 96 ff.; Reinmann c. l. cap. 4, der einen ausführlichen Überblick über den Stand der Frage zu seiner Zeit (1675) giebt, und Spelter c. l. thes. 48, doch stimmen dieselben bezüglich des Beginnes der Verjährungszeit nicht überein, indem einige denselben eintreten lassen mit dem Vertragsabschluss, andere mit der Übergabe der Sache und dritte endlich erst, wenn der Verkäufer den Käufer vergeblich zum Rückverkauf aufgefordert habe.

[2]) So die bei Glück c. l. Anm. 86 Angeführten, Bechmann, de pacto redimendi, thes. ult. Note d und Hahn ad Wesenbeccium S. 520 f.

so gelte die gewöhnliche Verjährung für Personalklagen von 30 Jahren.[1])

Das Richtige ist wohl die Frage nach der Verjährbarkeit der aus dem pactum de retrovendendo entspringenden Ansprüche grundsätzlich zu bejahen.

Zunächst ist es unrichtig zu sagen, das Recht des Verkäufers aus einem ausdrücklich auf unbestimmte Zeit gestellten pactum de retrovendendo Rückverkauf zu fordern, sei eine „res merae facultatis" und unterliege daher der Verjährung nicht; denn erstens ist der ziemlich willkürlich auf Grund von l. 2 D. de via publica 43, 11 geschaffene Begriff der res oder des actus merae facultatis ein ausserordentlich schwankender, da die Quellen ihn nicht bestimmen, und man kann unter demselben, wie H. G. Bauer in seinen responsis p. 1 resp. 1 hervorhebt, richtiger Weise nur solche Handlungen verstehen, die nicht von dem ius civile berührt werden sondern lediglich auf dem ius naturale beruhen, wie ja auch die Älteren von „res mere naturalis facultatis" sprechen. Wo es sich um Rechtsausübung handelt, besonders um einen Akt des Privatrechts, kann daher von einem actus merae facultatis keine Rede sein.[2])

Unhaltbar ist auch die Annahme Glücks c. l. I S. 117 f., dass durch Privatvereinbarung eine Befugnis zu einer res merae facultatis gemacht und

---

[1]) So Glück selber c. l. Bd. 16 § 998 S. 209 ff., vgl. mit Bd. 1 § 15 S. 115 f., sowie die bei ihm Bd. 16 § 998 Anm. 87 Genannten, die bei der Begründung im Einzelnen wieder vielfach differieren, Stryck auch syntagma iuris civilis, 4 sect. 3 membr. 1 ax. 3, 4 und 5.

[2]) Vgl. Pfeiffer, prakt. Ausführungen II S. 18 u. 107 und dort Genannte, sowie Hellfeld c. l. § 1374, Dernburg, Pand., I § 144 Anm. 3 und Thibaut, Besitz und Verjährung, der den Begriff aus der Lehre der Verjährung ganz streichen will.

damit der Verjährung entzogen werden könne. Die Verjährung ist nicht vorzugsweise, wie Glück c. l. Bd. 16 S. 209 behauptet, als eine „poena negligentiae" geschaffen, sondern aus Rücksicht auf das öffentliche Wohl, „ut aliquis litium finis esset", „ne possessores . . prope immortali timore teneantur", ist also[1]) zwingendes Recht. Auch kann nicht aus l. 2 C. 4, 54 etwas Besonderes für das pactum de retrovendendo hergeleitet werden, denn abgesehen davon, dass dieselbe hier nur analog angewendet werden könnte, ist das in dem gedrängten Referat über den dem Kaiser vorliegenden Thatbestand enthaltene „quandocunque" daselbst nicht geeignet, eine allgemeine die Verjährung ausschliessende Rechtsregel zu begründen, zumal es im Gegensatz von „vel intra certa tempora" gebraucht ist, also ebensogut nur bedeuten kann „irgendwann" = „ohne dass eine Zeit bestimmt ist"; dass darunter eine Ausdehnung über die gesetzliche Verjährungszeit konzessioniert sein sollte, ist durch nichts begründet.[2])

Ebenso ergiebt l. 31 § 22 D. de aed. Ed. 21, 1 nichts für die Gegenansicht. Sie behandelt einen andern Fall, und das „in perpetuum redhibitio fiat" ist nur in Gegensatz zu den 60 Tagen gestellt, in denen das Recht sonst ausgeübt werden muss, so dass nur diese enge Zeitbegrenzung dadurch ausgeschlossen ist. Wie der Ausdruck „in perpetuum" zu verstehen ist, ergiebt sich übrigens auch aus pr. J. de perpetuis et temporalibus actionibus 4, 12: „aliquando tamen in perpetuum extenduntur, id est usque ad finem ex constitutionibus introductum".

[1]) Vgl. die bei Windscheid, Pand., Bd. 1 § 105 Anm. 3 angeführten Stellen.

[2]) So bezüglich des „quandocunque" auch Donellus ad l. 2 C. 4, 54 (opera omnia VIII S. 1143 ff.) § 12.

Es kann demnach das pactum de retrovendendo, welche Ausdrücke auch gebraucht sein mögen, der Verjährung nach den in l. 3 C. de praescr. 30 vel 40 annor. 7, 39 enthaltenen Regeln nicht entzogen werden.

Wohl aber kann man mit Unterholzner[1]) annehmen, dass die Verjährung nicht platzgreift, wenn ein über 30 Jahre hinausliegender Zeitpunkt, „nach 40 Jahren zurückkäuflich" z. B. gesetzt wurde, da in diesem Fall dem Recht eine feste Grenze geschaffen ist, und es nicht im Widerspruch mit dem Zweck der Verjährung in alle Ewigkeit fortdauern kann. Unrichtig ist es jedoch, wenn Donellus c. l. die Abmachung, dass das Recht auch nach dreissig Jahren solle ausgeübt werden können, für wirksam erachtet; auf die Verjährung kann nicht von vorneherein schlechthin verzichtet werden.

Wann nun aber soll die Verjährung beginnen? Ist ein bestimmter Zeitpunkt gesetzt, von dem an das Rückkaufsrecht ausgeübt werden kann, so beginnt die Verjährung frühestens mit dessen Eintritt, da man vorher jedenfalls nicht von actio nata reden kann,[2]) ist dagegen keine Zeitbestimmung gesetzt, so ist actio nata mit dem Abschluss des Vertrags anzunehmen.

Die Frage ist allerdings ausserordentlich bestritten. Die Älteren[3]) fordern, gestützt auf die nicht zutreffende l. 2 C. 4, 54, zum Beginn der Verjährung Angebot des Kaufpreises, da durch dieses der Anspruch des Verkäufers bedingt sei; dass der Kaufpreis beim pactum de retroven-

[1]) Verjährungslehre, Bd. 2 § 255 a. E.

[2]) So auch Unterholzner, Verjährung, II, § 265, 1.

[3]) Wie z. B. Schlüter c. l. cap. 1 § 11 und auch noch Schweppe c. l. § 535 S. 445.

dendo nicht vorher angeboten zu werden braucht, ist jedoch schon oben dargethan.

Dem zunächst steht die von Savigny, System, V S. 304 [1]) u. a. vertretene Ansicht, indem dieselben teils eine Rechtsverletzung zum Beginn der Verjährung fordern, da das Recht so lange noch befriedigt sei, teils, so Demelius, annehmen, dass der Anspruch durch die Erklärung des Verkäufers von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen bedingt, und dementsprechend vor Abgabe dieser Erklärung nicht actio nata sei. Eine dritte Meinung will die Verjährung mit Tradition der Sache beginnen lassen.[2])

Die bei Glück c. l. Bd. 16 S. 208 Anm. 89 Genannten [3]) endlich vertreten die auch von uns angenommene Meinung, dass die Verjährung, wenn kein Termin a quo gesetzt wurde, sogleich mit dem Abschluss des pactum beginne.

Eine Rechtsverletzung zunächt ist zum Beginn der Verjährung eines persönlichen Anspruchs nicht erforderlich, wie Windscheid, Pand., Bd. 1 § 107 in und bei Anm. 5 und Glück c. l. Bd. 16 S. 213 ff. mit Recht ausführen. Die Quellen sprechen nirgends

[1]) Ebenso Sintenis, Zivilrecht, I § 31, II 2 c α S. 294 zu Anm. 30, II § 116 bei Anm. 233; Demelius, Untersuchungen S. 195 ff.; Schirmer in Note * zu Unterholzners Verjährung II § 265; Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts § 11 S. 194 Anm.; Thibaut, Besitz und Verjährung, 2. Teil § 43 c, vgl. mit § 38 und den bei Glück c. l. Bd. 16 S. 208 Anm. 91 Genannten.

[2]) So Vangerow, Pand., I § 147 Anm. 3 c; C. F. Koch c. l. § 250 S. 223 f.; Thon § 1 Anm. 2 Nr. 3 in seiner Abhandlung über Verjährung in Lindes Zeitschrift Bd. 8; sowie für den Fall, dass das Recht nicht ausdrücklich für eine beliebige Zeit vorbehalten wurde, Holzschuher, Theorie, I cap. 4 zu 22 und Glück Bd. 16 S. 212 ff.

[3]) Ferner Unger, System, II § 116 Anm. 14; Unterholzner, Verjährung, II § 265 und Windscheid, Pand., Bd. 1 § 107 Anm. 19.

von einer solchen, und der Zweck der Verjährung würde geradezu illusorisch gemacht, wenn der Verkäufer in unserm Falle es in der Hand hätte, dieselbe beliebig hinauszuschieben, indem er mit der Aufforderung zum Rückverkauf ungemessene Zeit wartete. Da er durch Stellung des Verlangens sein Recht jederzeit geltend machen kann, da er jederzeit auf Rückverkauf klagen könnte, ohne vorher denselben gefordert zu haben,[1]) kann actio nata nicht erst von einem Zeitpunkt nach Stellung dieses Verlangens angenommen werden. Das wäre nur möglich, wenn durch einen derartigen Ausspruch des Verkäufers das Recht desselben wirklich bedingt wäre, wie Demelius und Schirmer c. l. c. l. auszuführen suchen. Demgegenüber bemerkt jedoch Unger, System, II § 116 Anm. 11 mit Recht, das pactum de retrovendendo ist nichts anderes als ein pactum de contrahendo, aus dem der Berechtigte, wenn nichts Gegenteiliges verabredet wurde, sofort nach Abschluss klagen kann, und l. 12 D. de praescr. verb. 19, 5 sagt mit den Worten „si ipse vellet" nichts, als dass dies nur eine Befugnis des Verkäufers sein solle, deren Geltendmachung in seinem freien Belieben stehe. Ausserdem schliesst auch diese Stelle sich wieder an einen konkreten praktischen Fall an, so dass aus der Wiedergabe des Thatbestandes desselben unmöglich allgemeine Rechtssätze abgeleitet werden können.

Ebenso unrichtig ist es, die Verjährung erst mit der Tradition der Sache beginnen zu lassen. Denn wenn der Verkäufer die Sache auch erst zurückkaufen kann, nachdem er sie an den Käufer tradiert hat, sie also aufgehört hat, seine eigne zu sein, so

[1]) Denn in der Klage wäre ev. eine vollgültige Aufforderung zur Leistung zu sehen.

kann er doch schon früher Rechte aus dem pactum de retrovendendo geltend machen, indem er erklärt, er wolle nicht tradieren, da ihm der Verkauf leid sei.

Ihm dies Recht zuzugestehen, erscheint unbedenklich, da er doch schon unmittelbar bei der Tradition den Rückverkauf verlangen könnte, andrerseits ist dann aber auch die Verjährung desselben von seinem Beginn an, d. h. ohne Rücksicht auf die Tradition zu berechnen.

Es bleibt sonach nur der Zeitpunkt, in dem das pactum de retrovendendo abgeschlossen wird, mag man nun sagen, dass die Verjährung in diesem Fall vor der Entstehung des Anspruchs beginne, weil Unterlassung der auf den nakten Willen gestellten Erklärung keine andre Bedeutung haben könne, als eine Unthätigkeit bezüglich des Anspruchs selbst, wie Windscheid, Pand., I § 107 will, oder wie Dernburg, Pand., I § 146 die Verjährung unbedingter und unbetagter persönlicher Klagerechte schlechthin mit ihrer Begründung eintreten lassen.

Das entspricht bei unbefangener Beurteilung auch am meisten den Worten der l. 3 C. de praescr. 30 vel 40 annorum 7, 39:

> „quae ergo antea non motae sunt actiones, 30 annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem."

Wer in 30 Jahren keine Veranlassung findet, seine Klage in Lauf zu bringen, soll nachher nicht mehr gehört werden; der Zweck ist gerade unbegrenzte Verschleppung zu hindern, daher kann das „ex quo iure competere coeperunt" nur restriktiv interpretiert, d. h. nur auf Hindernisse bezogen werden, die im Gesetz ausdrücklich Billigung gefunden haben, wie eben Bedingung und Befristung in l. 7 § 4 C. de praescr. 7, 39.

Die Bestimmungen des kanonischen Rechts über das Erfordernis der bona fides bei der Verjährung,[1]) kann nach der heute herrschenden Ansicht für unsere Lehre nicht in Betracht kommen, da das fragliche c. 2 X de praescr. 2, 26 sich nur auf dingliche und persönliche Klagen bezieht, welche auf Herausgabe einer von uns besessenen fremden Sache gehen, die Klage aus dem pactum de retrovendendo aber nicht auf Herausgabe einer Sache, sondern auf Abschluss eines Kaufvertrages über dieselbe gerichtet ist, und die Sache ferner in der Regel bis zur Rücktradition im Eigentum des Käufers stehen, also keine fremde für ihn sein wird. Für diese Auslegung des c. 20 cit.,[2]) spricht auch ein Vergleich mit den in demselben Titel stehenden c. 3 und 5, die ebenfalls von mala fides bei der praescriptio handeln und dabei nur von dem Besitz fremder Sachen reden.

II.

§ 13.

Das pactum de retroemendo und sein Verhältnis zum pactum de retrovendendo.

Das pactum de retroemendo ist die genaue Umkehrung des soeben besprochenen pactum de retrovendendo, so dass der Verkäufer, der dort der Berechtigte war, hier zum Verpflichteten wird und der Käufer der dort der Verpflichtete war, zum Berechtigten.

Wir verstehen dementsprechend unter einem pactum de retrovendendo eine beim Abschluss eines

[1]) Mit dem z. B. noch Glück c. l. Bd. 16 S. 215, 218 rechnet.

[2]) Diese Auslegung vertreten auch Windscheid, Pand., I § 111 und die Anm. 2 daselbst Genannten, sowie Dernburg, Pand., I § 149, 2 und Anm. 3 daselbst.

Kaufvertrags diesem hinzugefügte Nebenabrede, durch welche der Verkäufer sich verpflichtet, dem Käufer auf sein Verlangen den verkauften Gegenstand wieder abzukaufen. Auch hier können natürlich weitere besondere Bestimmungen in die Nebenabrede aufgenommen werden, doch erfordert der Begriff des pactum de retrovendendo das nicht.

Auch dieser Vertrag wird vielfach mit einem in diesem Fall zu Gunsten des Käufers vereinbarten pactum displicentiae und ähnlichen Rechtsbildungen verwechselt, doch tritt das hier weniger hervor, als beim pactum de retrovendendo, da jenes stets nur ganz beiläufig bei Gelegenheit dieses erwähnt wird.[1])

Die Quellen enthalten über das pactum de retroemendo zweifelsohne nichts, denn die Stellen, auf welche man es zurückzuführen versucht hat,[2]) l. 6 D. de resc. vend. 18, 5 und l. 31 § 22 D. de

---

[1]) So bei Bechmann, de pacto redimendi, thes. 7 Anm. c, der trotz des Namens seiner Dissertation ex professo das pactum de retrovendendo behandelt; Schilter c. l. cap. 1 § 2 Nr. 6 und 7; Struve, syntagma iur. civ, exerc. 23 Nr. 45 S. 841; Reinmann c. l. cap. 1 § 5; Lesser c. l. cap. 1 §§ 2 und 3; Schlüter c. l. cap. 1 § 5 und ebenso bei Holzschuher c. l. II b, besonderer Teil c. 9 zu 17 Anm.; Schweppe c. l. § 535 S. 444; Thibaut, System, § 616; C. F. Koch c. l. § 246 S. 213, 214; Madihn, princ. iur., § 189; Glück c. l. Bd. 16 S. 201; Unterholzner, Schuldverhältnisse, II § 432 und in den Pandektenlehrbüchern von Arndts § 301; Dernburg II § 95, 5a; Windscheid II § 388 Anm. 4; Baron § 290 Nr. 3; Sintenis II § 116 Anm. 226 und Nr. 1a. E.: Puchta § 360,2, während Gebr. Overbeck c. l. III med. 111 eine eingehendere Rechtfertigung desselben versuchen. Göppert z. B. dagegen in seinem Bericht über Degenkolbs: Begriff des Vorvertrags, das mir leider nicht zugänglich war, „zur Lehre von den pacta de contrahendo", kritische Vierteljahrsschrift 14 S. 407, will es dem pactum displicentiae gleichstellen.

[2]) Vgl. Bechmann, de pacto redimendi, thes. 7 Anm. c; Reinmann c. l. cap. 1 § 5 und Schlüter c. l. cap. 1 § 5. —

aed. ed. 21, 1 sprechen[1]) von einem andern Vertrag und ebenso l. 3 D. de contrah. emtione 18, 1 sowie l. 1 C. quando decreto 5, 72. Doch kann die Gültigkeit desselben deswegen nicht in Zweifel gezogen werden, da es von denselben Grundsätzen beherrscht wird, wie das pactum de retrovendendo, und sein Inhalt an sich ein durchaus erlaubter ist. Auch spricht die Gestattung des analogen pactum displicentiae in l. 6 D. 18, 5 und l. 31 § 22 D. 21, 1[2]) entschieden dafür, da die Wirkung des letzteren weit schärfer ist, als die des pactum de retroemendo.

Da sich andere Anhaltspunkte in den Quellen nicht finden, so ist die Lehre vom pactum de retroemendo denn in Anschluss an das nah verwandte pactum de retrovendendo zu entwickeln, dessen sämtliche Sätze[3]) analog auf das erstere anzuwenden sind, so dass ein Eingehen darauf im Einzelnen wesentlich nur eine Wiederholung des oben Gesagten sein könnte. Aus diesem Umstand besonders dürfte es sich auch erklären, dass das pactum de retroemendo, wie oben gezeigt, in der Litteratur stets nur als Anhängsel des pactum de retrovendendo behandelt wird, doch kommt wohl hinzu, dass es auch im Leben das seltnere ist. Ist nicht klar, was die Parteien beabsichtigt haben, so kann nicht allgemein[4]) ein pactum de retrovendendo vermutet werden, sondern die Abrede ist wirkungslos.

Da im Wesentlichen das pactum de retrovendendo dem Käufer die Verpflichtung auferlegt, die

---

[1]) So schon Schilter c. l. cap. 1 § 2 Nr. 6 und Gebr. Overbeck c. l. med. 111 § 4.

[2]) Wie Gebr. Overbeck c. l. med. 111 § 4 mit Recht anführen.

[3]) Wie auch Sintenis und Holzschuher c. l. c. l. betonen — vgl. auch Preussisches A. L. R. I, 11 § 328. —

[4]) Wie z. B. im Preussischen A. L. R. I, 11 § 327 bestimmt ist.

Sache auf Verlangen zurückzuverkaufen, das pactum de retroemendo dagegen dem Verkäufer die Verpflichtung, die Sache auf Verlangen zurückzukaufen, so stehen beide nicht notwendig in einem einander ausschliessenden Verhältnis, sondern es können beide zusammen einem und demselben Kaufvertrag beigefügt werden, indem jeder Partei das, was sonst nur ihr Recht ist, zugleich zur Pflicht gemacht wird, so dass es z. B. der Käufer nicht in seiner Wahl hat, ob er zurückverkaufen will, sondern vom Verkäufer dazu gezwungen werden kann, und andrerseits der Verkäufer auf Verlangen des Käufers ebenfalls gebunden ist, zurückzukaufen.[1])

Die Konstruktion der beiden pacta im Einzelnen wird dadurch jedoch nicht geändert.

III.

Das pactum displicentiae.

§ 14.

Der Begriff.

Unter einem pactum displicentiae beim Kauf verstehen wir einen sich diesem anschliessenden selbständigen Nebenvertrag, aus dem der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer, welchem das Geschäft aus irgend einem Grunde leid wurde, gegen Rückgabe der Sache den Kaufpreis wieder herauszugeben. Ebenso kann das pactum displicentiae jedoch auch umgekehrt zu Gunsten des Verkäufers geschlossen werden, so dass gegebenen Falls dieser berechtigt ist, gegen Erstattung des Kaufpreises die Sache zurückzuverlangen.

[1]) So auch Hahn ad Wesenbeccium S. 521; Bechmann, de pacto redimendi, thes. 7 und Anm. c; Schlüter c. l. cap. 1 § 5; Lesser c. l. § 2.

Es handelt sich also um eine persönliche Verpflichtung des Verkäufers bezw. Käufers, nicht um eine Bedingung des Kaufs. Diese Begriffsbestimmung vertreten schon Schilter c. l. cap. 1 § 3 Nr. 61 S. 210; Lesser c. l. cap. 1 § 9 Anm.; Madihn, pr. iur. Rom., I § 191. III vgl. mit § 189. Anerkannt wird ein derartiges Rechtsgeschäft ferner von Unterholzner, Schuldverhältnisse, II § 431 bei Anm. c; Windscheid, Pand., II § 387 Anm. 7 vgl. mit Bd. 1 § 90. Endlich fasst Brackenhöft, Verkaufsengagement und Bedingnisse, § 7 in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, Neue Folge Bd. 17 S. 324 ff. Das pactum displicentiae in unserm Sinn, wenn man ihm auch im Einzelnen kaum beistimmen kann, und vor allen Goldschmidt, der Kauf auf Probe oder auf Besicht, § 16 in seiner Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 1 S. 113, sowie Hofmann, über das periculum beim Kauf § 34 S. 93 f. Vgl. auch Baron, Pand., § 286 bei Anm 40.

Allerdings ist diese Auffassung nicht die verbreitetste. Gegen Goldschmidt speziell hat sich Fitting gewandt, siehe am selben Ort Bd. 2, zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht, z. B. § 27 S. 274 ff. Vgl. ferner Unger a. a. O. Bd. 3 S. 412 f. und Anm. 25 und Fittings Übersicht über alle diese Abhandlugen im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 46 Nr. 11 S. 237 ff. Wie bei diesen, so findet sich auch sonst in der Litteratur meist die Ansicht vertreten, dass in dem pactum displicentiae nur eine dem Kaufe eingefügte Resolutivbedingung zu sehen sei;[1])

[1]) So bei Holzschuher c. l. II b S. 724 f.; Hufeland c. l. § 496; Hellfeld c. l. § 1376; Riesser c. l. § 8 S. 33 ff.; Thibaut, System, § 619; Demelius, Untersuchen I S. 197 f.; Bechmann, Kauf, § 258; C. F. Koch c. l. § 381, Sintenis c. l. II § 101, I, 1 besonders Anm. 2 daselbst; Arndts, Pand. § 249; Czyhlarz, zur Lehre von der Resolutivbedingung, § 7. Keller, Pand., § 326.

wobei im Einzelnen noch wieder Streit über die Wirkung derselben, besonders ob dingliche oder obligatorische, herrscht. Eine Mittelstellung nimmt Brinz ein, der Pand. I § 112 S. 482 f. annimmt, dass unser pactum in den Quellen meist als Resolutivbedingung vorkomme, zuweilen — in l. 6 D. de resc. vend. 18, 5 z. B. — jedoch auch in andrer Form. Eine Anzahl endlich spricht sich so kurz und indifferent aus, dass ihre Auffassung vom Wesen des pactum displicentiae nicht zu erkennen ist.

Prüfen wir daher den Begriff im Einzelnen. Schon die Bezeichnung der Nebenabrede als „pactum" spricht dafür, dass wir es mit einem Vertrag, einer selbständigen Abrede, zu thun haben, doch würde die Bezeichnung allein die Annahme einer Resolutivbedingung nicht unbedingt ausschliessen. Auch aus dem Wort „displicentiae" ist nichts Besonderes zu entnehmen. Dasselbe ist vielmehr so allgemein, dass auch die lex commissoria und addictio in diem unter diesen Begriff fallen könnten, da in beiden Fällen der Verkäufer die Wahl hat, ob er bei dem Vertrag stehen bleiben, oder ob er, wenn derselbe ihm missfällt, von ihm abgehen will; trotzdem herrscht in der Litteratur Einigkeit darüber, dass in diesen Fällen eine dinglich wirkende Resolutivbedingung und kein pactum displicentiae vorliege.[1])

Dass es hier auf das Missfallen erst ankommt, wenn der Kaufpreis nicht rechtzeitig gezahlt, bezw. wenn ein besseres Gebot abgegeben wurde, giebt keine genügende Erklärung dafür, weshalb man, wenn man das pactum displicentiae überhaupt als Resolutivbedingung auffasst, nicht auch hier ein

[1]) Vgl. allerdings Wendt, Reurecht. Heft 2 § 4, der jedoch auch das pactum displicentiae von der lex commissoria und addictio in diem scheidet und nur alle drei unter den allgemeinen höheren Begriff der Reuverträge fasst.

solches, dem nur noch eine zweite Bedingung eingefügt sei, annehmen sollte. Von einer auf das Missfallen gestellten Resolutivbedingung würden diese beiden Fälle ihrem Wesen nach nicht verschieden sein. Auch die gegnerische Ansicht scheint demnach zu fühlen, dass nicht in jedem durch Missfallen resolutiv bedingten Kaufvertrag ein pactum displicentiae zu sehen sei. Schliesst man aber von den Resolutivbedingungen einige aus, wo soll dann die begriffliche Grenze liegen? Bei der von uns gegebenen Bestimmung ergiebt sich eine solche ohne weiteres. Es fragt sich nur, ob dieselbe in den Quellen begründet ist.

„Si convenit", heisst es in l. 6 D. de resc. vend. 18, 5, „ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima emti actioni in factum datur."

Diese Stelle enthält keine Andeutung von einem resolutiv bedingten Kauf, sondern spricht es klar aus, dass unter den Parteien „convenit, ut redderetur", d. h. sie haben einen Vertrag geschlossen, dass der Käufer berechtigt sein solle, die Sache zurückzugeben, wenn sie ihm nicht gefalle. Dass in dem „si . . displicuisset" hier keine wahre Bedingung zu sehen ist, sondern damit nur gesagt sein soll, der Käufer solle frei darüber entscheiden, was er wolle, und nur er solle berechtigt sein, die Folgen des Kaufes wirtschaftlich rückgängig zu machen, ist hier womöglich noch klarer als oben bei l. 12 D. de praescr. verb. 19, 5 bezüglich des „si ipse vellet" für den Verkäufer, dass ihm damit das willkürliche Recht zum Rückkauf eingeräumt werden sollte, ohne es an eine Bedingung zu knüpfen. Für diese Auslegung der Stelle spricht auch die Klage, welche Paulus in Übereinstimmung mit Sabinus aus dieser Abrede geben

will, handelte es sich um eine Resolutivbedingung mit dinglicher Wirkung, so wäre für Sabinus jedenfalls die rei vindicatio die gegebene Klage gewesen, wenn man für die spätere Zeit auch wegen l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3 an die Kontraktsklage hätte denken können. Bei dem Kauf eingefügter Resolutivbedingung mit nur obligatorischer Wirkung ferner wäre die actio ex emto angebracht, von einer actio in factum könnte keine Rede sein; da es sich aber um einen selbständigen Nebenvertrag handelt, entschliesst sich der Jurist mit dem verbessernden „aut" = oder vielmehr für die letztere, die allerdings wegen des engen Zusammenhangs mit dem Kaufvertrag als „proxima emti actioni" gestaltet werden soll.[1])

Von einem pactum displicentiae in obigem Sinn ist meiner Ansicht auch die schon oben besprochene l. 2 C. de pactis int. E. et V. compos. 4, 54 zu verstehen. Dass dieselbe nicht von einem pactum de retrovendendo handelt, ist schon oben gezeigt, sie spricht aber auch nicht von einem resolutiv bedingten Kaufvertrag, wie vielfach angenommen wird. Auch in diesem Fall würde die actio praescriptis verbis bei Annahme einer Resolutivbedingung unerklärlich sein. Diese Annahme ist aber auch aus andern Gründen nicht haltbar, denn, wie schon oben ausgeführt, deutet das Wort „pactum" auf einen selbständigen Nebenvertrag hin, und „ea lege" ist auch eher von einem solchen zu verstehen, als von einer Bedingung, zumal die dem pactum eingefügte wirkliche Bedingung, dass das Recht auf Rückübereignung nur solle ausgeübt werden dürfen, wenn

[1]) An diesem Schluss können die Ausführungen Glücks cl.. Bd. 16 S. 226 Anm. 37 nicht irre machen, da nach ihm Sabinus in unserm Fall gerade die Kontraktsklage hätte geben müssen, nicht die actio praescriptis verbis, die nach Glück nur die Prokulianer befürworteten.

zuvor der Kaufpreis angeboten wäre, im Verlauf der Stelle auch als conditio bezeichnet wird. Dass nicht ausdrücklich von displicere die Rede ist, besagt nichts, denn dass der Käufer ein Geschäft, wenn er es in der Hand hat, bei demselben stehen zu bleiben, nur dann wirtschaftlich rückgängig machen wird, wenn es ihm aus irgend einem Grunde nicht gefällt, liegt in der Natur der Sache.

Ebenso handelt die l. 1 C. quando decreto opus non est 5, 72 von einem pactum displicentiae in unserm Sinne:

> „Si probare potes, patrem pupilli, cuius tutores convenisti, consensisse, ut reddito tibi praedio pretium reciperet, id quod convenit, servabitur. Neque enim in ea re auctoritas praesidis necessaria est, ut tutorum sollicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant."

Von einer Resolutivbedingung findet sich in dieser Stelle auch keine Andeutung, wohl aber ist gesagt, dass der Vater des jetzt verklagten Mündels sich mit dem Anfragenden dahin geeinigt habe, dass dieser das verkaufte Grundstück zurückzugeben sich verpflichte, wenn ihm der Kaufpreis zurückgezahlt werde. Das kann bei unbefangener Beurteilung nur als ein selbständiger, wahrscheinlich sogar in diesem Fall dem Verkauf erst nachfolgender Vertrag aufgefasst werden, in dem dem Verkäufer versprochen ist, wenn ihm der Handel leid werde, könne er das Grundstück gegen Rückzahlung des Preises wiederbekommen.

Endlich redet noch l. 31 § 22 D. de aed. Ed. 21, 1 von unserm pactum.

> „Si quid ita venierit, ut nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur: si autem de tempore

nihil convenerit, in factum actio intra 60 dies accommodatur emtori ad redhibendum, ultra non; si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto et hanc convalere. Item si tempus 60 dierum praefinitum redhibitioni praeterierit, causa cognita iudicium dabitur."

Diese Stelle ist wohl am wenigsten misszuverstehen infolge der in ihr enthaltenen Bestimmung, dass die Grundsätze der actio redhibitoria massgebend sein sollen.

Dies leitet unzweideutig darauf hin, dass der Kauf unbedingt geschlossen wurde, und dass nur eine persönliche Verbindlichkeit bestand, wenn die Sache nicht gefiele, unter Anwendung der Grundsätze der actio redhibitoria die Folgen desselben wieder rückgängig zu machen. Die Unvereinbarkeit dieser Stelle mit der Annahme einer Resolutivbedingung ergiebt sich aber unabweislich, wenn man sie mit dem Fortgang der Erörterung Ulpians vergleicht. Aus ihrem Eingang „si quid ita venierit, ut nisi placuerit, redhibeatur" erhellt, dass das „nisi placuerit" sich nur auf die verkaufte Sache beziehen kann, dass es sich also um eine Billigung oder Missbilligung der Sache, nicht des Kaufgeschäfts als solchen, handelt; wäre nun eine Resolutivbedingung dem Geschäft eingefügt, so könnte die Missbilligung nicht mehr geltend gemacht werden, sobald die Sache untergegangen ist.[1]) § 24 c. l. aber giebt in unserm Fall ausdrücklich die Klage auch nach Untergang der Sache:

„in his autem actionibus eadem erunt observanda, quae de partu, fructibus, acces-

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pand., II § 95 Anm. 11 und die bei Windscheid, Pand., II § 387 Anm. 10 Genannten, a. M. allerdings Windscheid selber a. a. O. —

sionibusque, et quae de mortuo redhibendo dicta sunt."

Es kann sonach in der l. 31 § 22 cit. unmöglich von einer Resolutivbedingung die Rede sein, sondern nur von einem pactum displicentiae der von uns angenommenen Art.

Dies Ergebnis gewinnt noch bedeutend an Festigkeit, wenn wir nun einige Entscheidungen in's Auge fassen, welche wirklich von einer auf displicere gestellten Resolutivbedingung reden, wie z. B. l. 3 D. de contrah. emtione 18, 1:

„Si res ita distracta sit, ut si displicuisset, inemta esset, constat, non esse sub conditione distractam, sed resolvi emtionem sub conditione."

Hier ist keine Rede von einer Verpflichtung „ut redderetur, restitueretur" u. dgl., sondern es heisst unzweideutig: „ut si displicuisset inemta esset", d. h. der Kauf solle durch Erklärung des Missfallens unmittelbar aufgelöst sein, und das Rechtsverhältnis wird auch technisch als „conditio" bezeichnet. Ebenso klar spricht sich l. 2 § 5 D. pro emtore 41, 4 aus:

„sed et illa emtio pura est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra certum tempus inemta sit",

sowie l. 11 § 13 D. quod vi aut clam 43, 24:

„ut, si displicuisset, inemtum esset",

wo auch von einer „rescissio emtionis" die Rede ist. Diese Stelle, wie l. 2 C. de pact. int. E. et V. compos. 4, 54 bezieht denn auch Fitting auf ein pactum displicentiae in seinem Sinne in Goldschmidts Zeitschrift V S. 87 und Anm. 16. In l. 4 C. de aed. action. 4, 58 ferner heist es:

„ut, si displicuerit, inemtum sit, id, utpote conditione venditum, resolvi."

Allerdings ist hier im weiteren Verlauf der Stelle von einer „actio redhibitoria“ die Rede, doch scheint es mir durchaus richtig, wenn Goldschmidt c. l. I S. 123 Anm. 34 bemerkt, dass damit nur das wirtschaftliche Endziel der Klage habe bezeichnet werden sollen, wogegen auch die Bezugnahme auf die actio redhibitoria für den Fall, dass ein fundus pestibilis verkauft sei, nichts beweist, zumal die Stelle sehr wenig scharf im Gebrauch von technischen Ausdrücken ist. Das ergiebt sich aus der Bezeichnung des unter einer Resolutivbedingung verkauften Grundstücks als eines „utpote sub conditione venditum“ während die Quellen sonst, wie l. 3 D. de contrah. E. 18, 1 zeigt, gerade in dieser Beziehung den Ausdruck wägen.[1])

Es kann daher durch diese Stelle auch die Beweiskraft der oben erörterten l. 31 § 22 D. de aed. Ed. 21, 1 nicht abgeschwächt werden.

Dass die Quellen, wie auch Thibaut[2]) mit Entschiedenheit vertritt, einen Unterschied zwischen den Ausdrücken „ut redderetur, restitueretur“ u. dgl. und dem Gebrauch des „inemtus sit“ machen, erhellt übrigens auch aus den von einer lex commissoria handelnden Stellen, wo z. B. in ll. 2, 4 pr., 5, 6 pr., 8 D. de lege commissoria 18, 3 ausnahmslos die gleiche Fassung gewählt ist, wie in den oben von uns auf Resolutivbedingungen bezogenen Stellen, nie aber die allgemeine Ausdruckweise derjenigen, aus denen wir ein pactum displicentiae ableiten. Dass daneben das allgemeinere „inemtum facere, auch einmal in wirtschaftlicher Bedeutung ge-

[1]) A. M. ist allerdings Fitting a. a. O. § 25 Anm. 115, doch sind seine grammatischen Ausführungen der Wortstellung gegenüber nicht überzeugend.

[2]) „Über die Wirkungen des Eintretens auflösender Bedingungen“ im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 16 S. 385, 397 ff.

braucht wird, wie Fitting[1]) auszuführen sucht, kann nicht Wunder nehmen, zumal in der Hauptstelle, l. 38 pr. de aed. Ed. 21, 1 zuvor so ausdrücklich klar gestellt ist, dass es sich um Redhibition und nicht um eine Resolutivbedingung handle, dass der Jurist zum Schluss schon einen ungenauen Ausdruck brauchen konnte, der das Verhältnis von seiner wirtschaftlichen Seite fasste, ohne fürchten zu müssen, dass er missverstanden werde.

Es wird übrigens das inemtum facere an andrer Stelle, z. B. in l. 2 D. de lege commissoria 18, 3 auch im Fall einer dinglichen Resolutivbedingung gebraucht. Man kann demnach höchstens annehmen, dass die Römer das „inemtum facere" anders verwendeten, als den Ausdruck „inemtum sit", indem sie jenem keine technische Bedeutung beilegten, wofür vielleicht auch l. 21 pr. D. de aed. Ed. 21, 1 spricht. Eine ganz besondere Stellung nimmt Wendt,[2]) ein, der ohne Rücksicht auf den Gebrauch des „inemtus sit" und ähnlicher Ausdrücke stets ein pactum displicentiae und keine Resolutivbedingung annehmen will.

Es ist demnach der oben von uns als pactum displicentiae bezeichnete Vertrag in den Quellen von dem resolutiv bedingten Verkauf wohl unterschieden. Derselbe ist aber auch in seinen Folgen etwas wesentlich Anderes, als ein durch Missbilligung resolutiv bedingter Kauf. Bei dinglicher Wirkung der Resolutivbedingung liegt das auf der Hand, da dort mit Äusserung des Missfallens das ganze Geschäft unmittelbar zusammenfällt, und die von dem inzwischen Berechtigten bestellten dinglichen Rechte erlöschen, was beim pactum displicentiae nie der Fall sein kann,

[1]) A. a. O. II § 19 S. 251.
[2]) Reurecht, Heft 2 § 7 S. 114 ff.

aber auch gegenüber einer obligatorisch wirkenden Resolutivbedingung bestehen erhebliche Unterschiede. Ist das displicere als wirkliche Bedingung in den Kaufvertrag eingefügt, so würde die Klage auf Rückgängigmachung, welche es auch sei, erst mit Eintritt dieser Bedingung zu verjähren beginnen, während die Verjährung des pactum displicentiae, wo sie überhaupt in Betracht kommt, ebenso wie oben die der pacta de retrovendendo und de retroemendo sofort mit Abschluss desselben anfangen würde. Die Gültigkeit der Resolutivbedingungen ferner würde stehen und fallen mit der des Hauptvertrags, während sich aus dem pactum displicentiae selbständige Rechtsfolgen ergeben. Selbst bei Ungültigkeit des Kaufes würde man im letztern Falle also nicht auf die rei vindicatio mit ihrem schwierigen Beweis, bezw. eine condictio angewiesen sein, sondern könnte Rückgabe der Sache bezw. des Kaufpreises mit der Klage aus dem pactum verlangen. Ausserdem kann das pactum displicentiae geltend gemacht werden auch nach Untergang der Sache, die Resolutivbedingung dagegen, wie schon oben gesagt, nicht mehr, und endlich ist zu beachten, dass bei der Resolutivbedingung, auch wenn Rückgabe der Sache möglich, der Vertrag durch einfache Missbilligung aufgelöst werden kann, während beim pactum displicentiae Missbilligung ohne Rückgabe der noch vorhandenen Sache wirkungslos wäre, wie auch Goldschmidt c. l. I § 19 S. 123 hervorhebt.

Selbst wenn man also, wie Fitting c. l. II, besonders gestützt auf l. 3 D. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur 20, 6, Resolutivbedingungen der in Rede stehenden Art nur obligatorische Wirkung zugestehen will, ist es doch notwendig, sie von dem ganz anders gearteten pactum displicentiae zu unterscheiden. Es dürfte demnach richtig sein, nicht nur,

wie auch Fitting c. l. V S. 86 f. und Anm. 16 will, bei dem Vertrag „si emtio displicuerit“ ein pactum displicentiae anzunehmen, sondern auch[1]) beim Kauf auf Probe, „si res displicuerit“ zu unterscheiden, ob die Parteien einen resolutiv bedingten Kauf oder einen Kauf mit pactum displicentia wollten. Aus welchem Grunde mir der Kauf missfällt, ist für die Anwendbarkeit des pactum displicentiae ganz gleichgültig. Ob ich zurückzutreten wünsche, weil meine Geldverhältnisse sich unerwartet verändert haben, so dass mir das ganze Geschäft leid ist, oder weil mir die Sache nicht brauchbar scheint, in beiden Fällen ist das Missfallen das Wesentliche, und nur auf dieses kann es für das pactum displicentiae seinem ganz allgemeinen Begriff nach ankommen.[2])

§ 15.

Wirkungen des pactum displicentiae.

Wenn das pactum displicentiae zu Gunsten des Käufers eingefügt ist, so ist dieser auf Grund desselben berechtigt, Rückzahlung des von ihm seinerzeit gezahlten Kaufpreises gegen Rückübereignung der Sache zu verlangen. Im Einzelnen kann hier eine Reihe von Sonderbestimmungen getroffen sein; ist nichts Anderes vereinbart, so sind im Wesentlichen dieselben Bestimmungen anzuwenden, welche für die actio redhibitoria gelten. Man muss dies wegen der allgemeinen Fassung der l. 31 § 22 D. de aed. Ed. 21, 1 wohl schlechthin annehmen, auch wenn die von den Parteien gewählten Ausdrücke nicht erkennen lassen, dass dies in ihrer Absicht lag. Auch die Stellung der fraglichen Bestimmung im

---

[1]) So Goldschmidt c. l. I § 27 S. 282 z. B. und Hofmann c. l § 34.

[2]) Vgl. Wendt, Reurecht, Heft 2 S. 34 f.

Titel de aedilicio edicto spricht dafür und legt den Gedankengang nahe: im Allgemeinen ist die actio redhibitoria nur wegen Mängel der Sache anwendbar, da der Beweis oft schwierig, so können die Parteien aber auch vereinbaren, dass dem Käufer der Rücktritt auch ohne solchen Nachweis freistehen soll, d. h. gegen einfache Erklärung vom Kaufe abgehen zu wollen, die natürlich nur in einem Missfallen irgend einer Art ihren Grund haben kann; es ist zweckmässig, auch in diesem Fall die Regeln der actio redhibitoria allgemein anzuwenden, soweit nicht gesetzlich oder durch Parteivereinbarung etwas Anderes bestimmt wurde.[1])

Doch machen auch die Quellen, wie sich aus der schon erwähnten l. 4 C. de aed. Ed. 4, 58, vor allem aber aus l. 21 pr., sowie l. 31 § 3 D. h. t. 21, 1 ergiebt, selber keinen so scharfen technischen Gebrauch von dem Wort „redhibere" und „actio redhibitoria", dass man annehmen könnte, sie hätten auf die Anwendung eines dieser Ausdrücke das entscheidende Gewicht legen wollen. Im heutigen Verkehrsleben gar würde eine derartige Unterscheidung kaum möglich sein. Ausserdem zeigen ll. 62, 63 D. h. t. 21, 1, dass die römischen Juristen sehr geneigt zur Ausdehnung der Sätze des ädilizischen Edikts auf verwandte Fälle waren.

Für die hier vorgetragene Ansicht hat sich besonders Goldschmidt[2]) erklärt. Die Resultate,

[1]) Vgl. Bechmann, Kauf, § 258 S. 546 Anm. 1; Czyhlarz a. a. O. S. 44; Wendt, Reurecht, H. 2 § 6 besonders S. 96; a. M. allerdings Fitting a. a. O. II z. B. S. 276 und Windscheid, Pand., II § 387 Anm. 7, § 323 Anm. 14, die die Grundsätze der actio redhibitoria nur Platz greifen lassen wollen, wenn der von den Parteien gebrauchte Ausdruck darauf hinweist.

[2]) c. l. I § 19 S. 122 ff.

zu denen man auf Grund derselben gelangt, sind durchaus gesunde. Die vom Verkäufer zu zahlende Summe ist ein für alle Mal bestimmt, nämlich gleich dem beim Kaufabschluss vereinbarten Preis, soweit er schon bezahlt ist, nebst landesüblichen Zinsen von der Zahlung an: l. 27, l. 29 § 2 D. h. t. 21, 1. Ist noch nichts gezahlt, so ist der Käufer nach l. 29 § 1 D. h. t. 21, 1 von der übernommenen Verbindlichkeit zu befreien, ebenso sind Kautionen und sonstige mit dem Kaufpreis gemachte Leistungen zurückzuerstatten. Der Käufer muss die Kaufsache zurückgeben nebst allem Zubehör und Zuwachs,[1]) sowie allen Früchten die sie abgeworfen hat, seit sie als Kaufsache in seinen Besitz gekommen. Dahin gehören nach ll. 23 § 9, 29 § 2 c. l. nicht nur die vom Käufer gezogenen, sondern auch der Ersatz derjenigen Früchte, die er schuldhafter Weise nicht gezogen hat. Die Sache ist ferner frei von allen nach dem Verkauf auf dieselbe gelegten Lasten zurückzugeben[2]) und, wenn der Käufer ausser stande ist, sie selber zurückzugewähren, so hat er zu leisten, was etwa an ihre Stelle getreten ist. Für alle durch seine Schuld an der Sache hervorgerufenen Verschlechterungen hat er vollen Ersatz zu leisten.[3]) Andererseits hat der Käufer Anspruch auf Ersatz alles Schadens, den er durch die Sache gehabt hat[4]) und der von ihm auf die Sache gemachten notwendigen und nützlichen Aufwendungen; für laufende Unterhaltungskosten jedoch wohl nur, wenn ausser dem Fruchtgenuss kein Gebrauch der Sache möglich war[5])

[1]) l. 31 §§ 19, 25 c. l.
[2]) l. 43 § 8 cit.
[3]) l. 23 pr., l. 25 §§ 1, 5 c. l.
[4]) l. 29 § 3, l. 30 pr. D. h. t.
[5]) l. 30 § 1 cit.

Wegen „impensae voluptuariae“ dürfte auch hier nur ein „ius tollendi“ bestehen. Auch nach Untergang der Sache kann das pactum displicentiae geltend gemacht werden,[1]) doch hat der Käufer, wenn er dieselben verschuldet hat, dem Verkäufer entsprechenden Ersatz zu leisten, so dass dieser ebenso gestellt wird, wie wenn ihm die Sache zurückgewährt wäre,[2]) denn beide Parteien sollen möglichst in dieselbe Lage versetzt werden, in der sie sich befänden, wenn das Rechtsgeschäft nie zwischen ihnen abgeschlossen wäre.[3]) Auch den Übergang der Ansprüche auf die Erben des Käufers wie Verkäufers muss man bejahen nach ll. 23 § 5, 31 §§ 5, 6, 7, 9, 10, l. 48 § 5 h. t.,[4]) da die Vererblichkeit der Rechte die Regel bildet, l. 31 §§ 22 ff., besonders § 24 D. h. t. ganz allgemein die Anwendung der für die actio redhibitoria geltenden Grundsätze auf unsern Fall anordnet, und sich aus der Natur des pactum displicentiae nichts ergiebt, was dem entgegenstände, dass die Befugnis über das Missfallen zu entscheiden auf die Erben überginge. Zeigt doch auch die geschichtliche Entwicklung des Wahlvermächtnisses, dass der Zug des römischen Rechts dahin ging, derartige Ansprüche vererblich zu machen. Das pactum displicentiae hätte überdies wenig Wert für den Berechtigten, wenn es an seine Person gebunden wäre, und gegen übermässige Belastung kann sich der andere Teil schützen, indem er sich die Bestimmung einer angemessenen Frist für die Ausübung ausbedingt. Hat der Käufer die Sache jedoch veräussert, so ist damit

[1]) So Wendt, Reurecht, Heft 2 § 7, vgl. die von ihm gegebene Übersicht S. 111.

[2]) l. 31 § 11, l. 47 § 1 und l. 48 pr. D. c. l.

[3]) l. 23 §§ 1, 7 und l. 60 D. h. t. —

[4]) A. M. C. F. Koch c. l. § 331 und die Anm. 5 das. Genannten; vgl. Sintenis II § 101 Anm. 2 a. E. —

sein Recht erloschen, da darin eine Erklärung zu sehen ist, dass er bei dem Verkauf stehen bleiben wolle, und ein Verzicht auf die Geltendmachung des pactum displicentiae.

Nach obigem hat allerdings der Verkäufer, der mit der Durchführung des Verkaufes in der Regel jedes dingliche Recht an der Sache verliert, entgegen den gewöhnlichen Regeln, die Gefahr der Verschlechterung[1]) wie des Unterganges bis zum fruchtlosen Ablauf der für die Rückgängigmachung verwendbaren Zeit zu tragen, doch kann das nicht befremden, da das pactum displicentiae ja gerade dem Berechtigten ein Vorrecht einräumen will, das in der Regel bei Bestimmung des Kaufpreises seine Berücksichtigung finden wird, und die Gefahr der Verschlechterung, die derjenigen des Unterganges unter Umständen fast gleichkommen kann, bei jedem resolutiv bedingten Kauf den Verkäufer trifft. Natürlich können die Parteien anderweite Vereinbarungen schliessen, wie Bechmann,[2]) treffend ausführt, und z. B. die Gefahrtragung abweichend regeln.

Besonderes ist in l. 31 §§ 22, 23 D. c. l. für unsern Fall bezüglich der Zeit bestimmt, binnen deren das Rücktrittsrecht geltend gemacht werden kann. Ist eine bestimmte Frist gesetzt, so macht deren fruchtloser Ablauf dem Recht schlechthin ein Ende, es müsste denn vereinbart sein, dasselbe solle „in perpetuum" ausgeübt werden dürfen, da dann erst die mit dem Vertragsabschluss beginnende[3]) dreissigjährige Verjährung, wie oben in § 8 ausgeführt wurde,[4])

---

[1]) A. M. Lesser c. l. § 47, der auch bei unverschuldeter Verschlechterung der Sache den Kaufpreis entsprechend kürzen will.

[2]) Kauf, § 258 IV.

[3]) A. M. Kierulff, Theorie, § 11 S. 194 Anm.

[4]) So auch Bechmann, Kauf, § 258 S. 546 Anm. 2.

demselben ein Ziel setzt. Ist keine bestimmte Frist vereinbart, so muss der Käufer nach l. 31 §§ 22, 23 D. cit. sein Missfallen binnen 60 Tagen erklären, die allerdings utiliter berechnet werden; doch haben diese 60 Tage noch eine andere Bedeutung. Sie sind nämlich gemäss l. 31 § 23 D. cit.[1]) zugleich Rückgabefrist, so dass die einfache Erklärung des Missfallens innerhalb dieser Zeit das Recht nicht vor Untergang schützt. Ist ein terminus a quo gesetzt, so werden die 60 Tage von dessen Ablauf an gerechnet.

Finden nun alle diese Regeln auch Anwendung, wenn das pactum displicentiae zu Gunsten des Verkäufers abgeschlossen ist? Die Quellen erwähnen diesen Fall nicht[2]) und es ist das auch sehr erklärlich, da die actio redhibitoria, bei deren Behandlung unser pactum berührt wird, nur dem Käufer zusteht und auch das pactum displicentiae im praktischen Leben meist zu seinen Gunsten lauten wird; so immer, wenn es in der Fassung „si res displicuisset" auftritt. Doch sind die obigen Regeln auch anzuwenden, wenn der Verkäufer der Berechtigte ist, da auch hier die gesamten Folgen des Kaufvertrags wie bei der Redhibition möglichst rückgängig gemacht werden sollen, was am vollständigsten nach obigen Regeln zu erreichen ist, und da die Verhältnisse in beiden Fällen bis in's Einzelne hinein durchaus analog liegen. Es fällt hier sogar das Bedenken fort, dass der Verkäufer die Gefahr der Sache auch nach der Übergabe trägt.

Mag nun das pactum displicentiae zu Gunsten des Käufers oder des Verkäufers geschlossen sein, seine

[1]) So auch Goldschmidt c. l. I S. 125 und die bei Bechmann, Kauf, § 258 S. 547 Genannten.

[2]) Vgl. Brinz, Pand. I § 112 S. 482.

Wirkungen sind[1]) stets nur obligatorischer Natur.[2]) Die Gültigkeit des Verkaufs wird durch den Eintritt der Missbilligung in keiner Weise berührt, die inzwischen Dritten vom Käufer eingeräumten Rechte bleiben in Kraft, und es besteht nur eine persönliche Verbindlichkeit des durch das pactum Verpflichteten gegenüber seinen Mitkontrahenten, diese wieder zu beseitigen. Eine Klage gegen den Dritten ist dagegen stets unzulässig.

IV.

§ 16.

Das Verhältnis des pactum displicentiae beim Kauf zum pactum de retrovendendo bezw. retroemendo.

In der Litteratur findet sich vielfach die Neigung vertreten das pactum displicentiae mehr oder minder den pactis de retrovendendo bezw. retroemendo gleichzustellen.[3]) Dem ist jedoch, wie sich aus Obigem ergiebt und auch von Windscheid,[4]) hervorgehoben wird, nicht beizutreten. Der Irrtum beruht auf der Annahme, dass aus dem pactum de retrovendendo bezw. retroemendo unmittelbar eine Klage auf Rückgabe der Sache bezw. des Kaufpreises entspringe. Der wesentlichste Unterschied zwischen beiden Arten von Abmachungen besteht aber gerade

---

[1]) Vgl. l. 3 D. quib. modis pign. 20, 6.

[2]) So auch Bechmann, Kauf, § 258 III; Wendt, Reurecht, Heft 2 § 8 S. 127 ff.

[3]) So bei Madihn c. l. I § 191; Brackenhöft c. l. § 7 S. 325; Goldschmidt c. l. § 24 S. 273 f., der das pactum displicentiae beim Kauf auf Probe als eine Species des pactum de retroemendo und zwar als den einzigen in den Quellen erwähnten Fall desselben ansieht; ferner bei Bechmann, Kauf, § 258 S. 550 A. 2 und besonders Göppert, zur Lehre vom pactum de contrahendo c. l. S. 407 A. *.

[4]) Pand. II § 388 Anm. 7.

darin, dass aus dem pactum de retrovendendo bezw. retroemendo nur auf Abschluss eines neuen Vertrages geklagt werden kann, auf unmittelbare Rückgabe der Sache bezw. des Kaufpreises selbst dagegen nicht einmal ein obligatorischer Anspruch besteht, während das pactum displicentiae nur einen Anspruch auf Rückgabe des Geleisteten, nicht einen solchen auf Abschluss eines neuen Vertrages gewährt. Daraus ergeben sich im Einzelnen eine grosse Anzahl bedeutender Unterschiede. Fassen wir zunächst das pactum de retrovendendo und das zu Gunsten des Verkäufers geschlossene pactum displicentiae in's Auge. Schliessen die Parteien auf Grund des pactum einen neuen Kaufvertrag, so wird dieser im Wesentlichen selbständig nach den Grundsätzen des Kaufes beurteilt; es wird also in der Regel selbständig ein Preis der Sache bestimmt, der Wiederkäufer haftet für Eviktion, steht nach den Bestimmungen des ädilizischen Edikts für Mängel ein, die Gefahr der Sache geht mit Vertragsabschluss auf den Wiederkäufer über, ist die Sache untergegangen, so kann von einem Rückverkauf keine Rede mehr sein.

Alles das ist anders beim pactum displicentiae. Die Bestimmung eines neuen Preises kann hier niemals vorkommen, da nichts weiter erreicht werden soll, als möglichste Rückgängigmachung des Kaufes, also auch nur der dort gezahlte Kaufpreis zurückgegeben werden kann. Die Grundsätze der Lehre von der Eviktion können hier nicht in Frage kommen, da der Käufer seinem früheren Verkäufer nur die seinerzeit von diesem erhaltene Sache zurückgiebt, ohne neue Verbindlichkeiten zu übernehmen, und in dieser Rückgabe ebensowenig eine entgeltliche Veräusserung zu sehen ist, wie im Rücktausch der Leistungen infolge Redhibition, der die Quellen, wie wir gesehen haben, das pactum displicentiae in

seinen Folgen gleichstellen. Aus demselben Grunde ist eine Haftung für Mängel im technischen Sinne ausgeschlossen, so dass der Käufer nur für die Schäden einsteht, welche die Sache infolge seiner Verschuldung aufweist.

Beim pactum de retrovendendo ferner trägt der Käufer vom Abschluss des ersten Verkaufes an die Gefahr des Unterganges, und wenigstens wenn für den Rückverkauf kein fester Preis bestimmt ist, auch die der Verschlechterung der Sache, da im ersten Fall ein Rückverkauf nicht mehr möglich ist, und im letzteren der bei solchem zu zahlende Rückkaufspreis entsprechend gemindert wird. Das pactum displicentiae dagegen kann nach ausdrücklicher Anordnung der Quellen auch noch nach Untergang der Sache geltend gemacht werden, und unter einer Verschlechterung der Sache leidet der Käufer nur, insofern er für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden aufzukommen hat; es trägt hier also der Verkäufer die ganze Gefahr, solange der Käufer berechtigt ist, von dem pactum displicentiae Gebrauch zu machen. Auch diese zeitliche Begrenzung der beiden pacta konnte sich gemäss dem verschiedenartigen Wesen derselben nicht nach gleichen Grundsätzen regeln. Das pactum de retrovendendo enthält nur eine Verpflichtung zum Abschluss eines zweiten selbständigen Vertrages und zwar eines gewöhnlichen Kaufgeschäfts. Dort lag also kein besonderer Grund vor, die Kraft desselben auf eine kürzere Zeit als die der gewöhnlichen Verjährung zu beschränken, zumal der normale Grund, aus dem dieses geltend gemacht wird, nicht einfach Missfallen des ersten Kaufes ist, sondern Veranlassung der verschiedensten Art, denen eine enge zeitliche Begrenzung geradezu widerstreben würde. Man denke z. B. an den häufigen Fall des Verkaufs

aus Not, in welchem das Rückkaufsrecht in Hoffnung auf kommende bessere Zeiten vorbehalten wird.

Beim pactum displicentiae dagegen war wegen der eben besprochenen ungleichen Verteilung der Gefahr möglichste zeitliche Beschränkung geboten, zumal der Käufer binnen der von den Quellen subsidiär gesetzten Frist von 60 Tagen in der Regel sich sehr wohl darüber klar werden kann, ob er mit dem Kauf zufrieden ist oder nicht. Ist der einzelne Fall besonders gelagert, so bleibt es den Parteien frei, durch ausdrückliche Vereinbarung anders zu bestimmen.

Dieselben Verschiedenheiten treten uns zwischen dem pactum de retroemendo und dem zu Gunsten des Käufers abgeschlossenen pactum displicentiae entgegen, nur dass die Rollen des Berechtigten und Verpflichteten hier umgekehrt wie oben verteilt sind, so dass beim pactum de retroemendo der Verkäufer verpflichtet ist zum Rückkauf, und der Käufer die Wahl hat, ob er denselben verlangen will, beim pactum displicentiae das Missfallen des Käufers entscheidend ist.

Juristisch ist es endlich nicht unmöglich, dass ein pactum de retrovendendo und ein pactum displicentiae zu Gunsten des Verkäufers bezw. ein pactum de retroemendo und ein pactum displicentiae zu Gunsten des Käufers neben einander hergehn, indem es von der Wahl des Berechtigten abhängig gemacht wird, ob er unmittelbar Wiederaustausch der empfangenen Leistungen oder Abschluss eines Rückkaufvertrages verlangen will, doch dürfte ein derartiger Fall im praktischen Leben nicht leicht anzunehmen sein, da die wirtschaftlichen Grundlagen der betreffenden Verträge, wie schon erwähnt, verschiedenartig zu sein pflegen, und in der Einräumung einer derartigen Wahlbefugnis zwischen zwei Vergünsti-

gungen eine ganz aussergewöhnliche Bevorzugung des Berechtigten liegen würde.

Ist es zweifelhaft, ob die Parteien ein pactum de retrovendendo bezw. retroemendo oder ein pactum displicentiae schliessen wollten, so ist heute wohl weniger auf die von ihnen gebrauchten Wendungen, als auf die wirtschaftlichen Zwecke und die Veranlassung des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts zu sehen. So wird bei Börsen- und Spekulationsgeschäften wohl eher ein pactum de retrovendendo bezw. retroemendo, bei gewöhnlichen Waarenkäufen dagegen, wenn der Käufer der Berechtigte ist, fast stets ein pactum displicentiae anzunehmen sein. Geben weder die Abrede selbst, noch die begleitenden Umstände einen Anhaltspunkt für diese oder jene Entscheidung, so ist der Vertrag als beabsichtigt anzunehmen, der im einzelnen Fall die mildere Verpflichtung enthält.

V.

Anhang.

Der „Wiederkauf" nach B. G. B.

Nach Abschluss der obigen gemeinrechtlichen Untersuchungen kann bei dem nahe bevorstehenden Inkrafttreten des B. G. B. die Frage nicht unerörtert bleiben, ob und ev. welche Umgestaltung die gemeinrechtlichen Sätze von dem neuen Recht erfahren werden.

Das B. G. B. hat im Anschluss an die Regelung des Kaufes unter der Überschrift: „besondere Arten des Kaufes" den Kauf nach Probe, Kauf auf Probe, „Wiederkauf" und Vorkauf behandelt; der „Wiederkauf" insbesondere ist in den §§ 497 - 503 dargestellt.

Über die rechtliche Konstruktion dessen, was das B. G. B. unter „Wiederkauf" versteht, ist hier jedoch

nichts Näheres gesagt, und auch die Ansichten in der Litteratur gehen darüber erheblich aus einander. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1 § 132 S. 457 V nimmt an, dass in dem Wiederkauf überhaupt kein Vertrag zu sehen sei, sondern nur eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers.

Dem steht ziemlich nahe Scholl meyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B., S. 23, nach dem der aus dem Vorbehalt des Wiederkaufs abzuleitende Anspruch nicht auf contrahere, sondern auf restituere oder redhibere geht. Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B., Bd. 1 S. 729 f. III, 1 und 2 will scheiden, jenachdem der Wiederkaufpreis in einer bestimmten Summe besteht — vgl. B. G. B. § 497 Abs. 2 — oder im Wege sachverständiger Schätzung der Kaufsache zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufs ermittelt werden soll. Im ersten Fall nimmt er wie Scholl meyer an, dass kein neuer Kaufvertrag zu stande komme, sondern nur Auflösung des alten bewirkt werde, im zweiten dagegen sei unter Wiederkauf der Abschluss eines zweiten Kaufvertrages zu verstehen.

Planck, B. G. B. nebst Einführungsgesetz, Buch 2 S. 271 zu § 497 sieht in dem Vorbehalt des Wiederkaufs einen auf Wiederverkauf gerichteten Vertragsantrag, an welchen der Käufer für die im § 503 bezeichnete Frist gebunden sei. Ebenso Hellmann, zur Litteratur des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, in der Kritischen Vierteljahrsschrift B. 41 H. 2 S. 227. Aus den Motiven und Kommissionsprotokollen endlich geht unzweideutig hervor, dass man sich den Wiederkauf als einen Vertrag dachte, nicht als eine blosse Auflösung des ersten Kaufvertrags. Vgl. bei Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch, zu § 497 Abs. 2 besonders letzten Satz und zu § 500 Abs. 1 letzten Satz.

Bei Klarstellung dieser Zweifel ist es erforderlich, auch für das B. G. B. zunächst streng den „Wiederkauf" selber und die Abrede, in welcher derselbe vorbehalten wird, auseinander zu halten. Die §§ 497 ff. B. G. B. behandeln nur den Abschluss des Wiederkaufs und die Folgen desselben, nicht die Abrede selber, in welcher das Wiederkaufsrecht eingeräumt wurde, doch muss sich aus diesen Bestimmungen notwendig die Konstruktion jenes Vorbehalts ergeben, da alle Eigentümlichkeiten des zweiten Geschäfts auf demselben beruhn.

In den Motiven finden wir keinen besonderen Anhalt, da dieselben — Bd. 2 S. 340 f. — ausdrücklich versichern, dass eine Entscheidung der Konstruktionsfrage durch die §§ 497 ff. nicht beabsichtigt gewesen sei, sondern diese der Wissenschaft habe überlassen werden sollen. Es ist dieselbe daher sowohl aus allgemeinen Erwägungen, wie aus diesen Paragraphen zu lösen.

Unmöglich erscheint es zunächst, wie auch sämtliche obengenannte Schriftsteller zugeben, mit Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 § 110 VI A. in dem Wiederkauf einen an den ersten Verkauf angeschlossenen aufschiebend bedingten Rückverkauf zu sehen, in welchem die Bedingung auf den Willen des Verkäufers gesetzt wäre. Gegen eine solche Annahme spricht ausser den bei Schollmeyer und Planck a. a. O. geltend gemachten Bedenken vor allem der § 501, nach welchem als Wiederkaufspreis der Schätzungswert des Kaufgegenstandes zur Zeit des Wiederkaufs vereinbart werden kann, der sein Wiederkaufsrecht ausübende Verkäufer aber mit der ganzen Gefahr, der Verschlechterung wie des Untergangs, belastet wird. Das ist nicht möglich, wenn es sich um einen schon abgeschlossenen aufschiebend bedingten Kauf handelt.

Auch die Annahme, dass der Vorbehalt ein pactum de restituendo oder redhibendo oder ein Rücktrittsrecht darstelle, ist dem § 501 gegenüber unmöglich. Bezüglich des Rücktrittsrechts ist auch Schollmeyer a. a. O. derselben Ansicht, anders bezüglich des pactum de restituendo oder redhibendo; jedoch auch hier könnte nach allgemeinen Regeln stets nur der ursprüngliche Kaufpreis zurückzuerstatten sein, jeder hätte dem andern zu leisten, was er empfangen und würde frei, soweit er ohne seine Schuld zur Rückleistung des Empfangenen ausser stande. Der Käufer hätte demnach die Sache, so wie sie noch bei ihm vorhanden, der Verkäufer dagegen soweit ihm nicht aus einem Verschulden des Käufers Ansprüche erwachsen, den ganzen Kaufpreis zurückzuerstatten; von einer Schätzung des Wertes der Sache zur Zeit des Wiederkaufs könnte keine Rede sein. Damit fällt auch Cosacks Annahme, dass es sich beim Wiederkauf um eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers handle.

Schon mit dem Wortlaut des § 497 B.G.B. unvereinbar ist endlich die von Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 13 vertretene Ansicht, „dass der eigentliche Vertrag schon zu Stande gekommen sei" und durch die einseitige Erklärung des Berechtigten die Wiederverkaufsverpflichtung nur fällig werde, da dort ausdrücklich gesagt ist, dass mit dieser Erklärung der Wiederkauf erst zu Stande komme.

Das Richtige dürfte daher sein, gerade auf Grund dieser Bestimmung des § 501 in dem Wiederkauf einen zweiten Kauf zu sehen und zwar einen unbedingten, erst zur Zeit der Ausübung des Vorbehalts abzuschliessenden. Will man das aber annehmen, so kann man es nicht wie Endemann a. a. O. auf den Fall, dass der Schätzungswert zu Grunde gelegt

wird, beschränken, denn das ganze Institut stellt sich im B. G. B. als etwas durchaus Einheitliches dar, und der § 497 gilt für den ganzen Abschnitt über den Wiederkauf. Auch dürfte es nicht angehen, den Vertrag zum ersten Kauf in der Weise in Beziehung zu setzen, dass man, wie Planck und Hellmann a. a. O., annimmt, es handle sich um eine bei Gelegenheit des ersten Kaufs dem Verkäufer vom Käufer gemachte Offerte, an welche dieser bis zum Ablauf der im § 503 bestimmten Frist gebunden sei, und welche durch einseitige Annahme des Verkäufers zu stande komme, da der thatsächliche Hergang im Verkehr dem nicht entspricht. Der Käufer macht keine ihn belastenden Offerten, sondern übernimmt höchstens vom Verkäufer dazu genötigt derartige Verpflichtungen. Auch wäre es etwas ganz neues und aussergewöhnliches, dass ein Offerent an sein Vertragsangebot unter Umständen 30 Jahre gebunden sein sollte — vgl. § 503.

Alle diese Bedenken fallen weg, wenn man annimmt, dass der Vorbehalt des Wiederkaufs ein pactum de contrahendo enthalte und zwar ein pactum de retrovendendo.

Als Hauptbedenken wird hiergegen geltend gemacht, so von Schollmeyer und Planck a. a. O., dass es im letzten Satz des § 497 Abs. 1 heisst: „Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form". Doch ist dies nicht durchschlagend, denn wie die Motive Bd. 2 S. 340 mit Recht hervorheben, ist hierin nur ein Mittel zu sehen, dessen sich das positive Recht bedient, um nutzlose Weiterungen abzuschneiden. Die Verfasser der Motive erkennen sogar ausdrücklich an, dass ihrer Ansicht nach sehr wohl ein pactum de contrahendo möglich sei mit der positiven Bestimmung, dass sich

der Vorvertrag durch die fragliche Erklärung des Berechtigten unmittelbar in einen Hauptvertrag verwandele.

Diese Konstruktion ist mit sämtlichen Bestimmungen des B. G. B. leicht und ohne Zwang vereinbar. Dass der Wiederkaufpreis im Zweifel gleich dem Preis des ersten Verkaufs sein soll, entspricht der gemeinrechtlich herrschenden Lehre vom pactum de retrovendendo und der vermutlichen Parteiintention. Für den einzelnen Fall ist jedoch der Bestimmung der Vertragschliessenden nicht vorgegriffen, wie sich besonders aus § 501 ergiebt. Solche Bestimmungen können sich natürlich auch aus den begleitenden Umständen ergeben. § 498 regelt die Verpflichtungen des Wiederverkäufers aus dem zweiten Verkauf dahin, dass er die Kaufsache nebst Zubehör zu tradieren verpflichtet ist und für allen Schaden einsteht, den dieselbe der Gebundenheit durch das pactum de retrovendendo zuwider durch ein Verschulden des Verpflichteten erlitten hat Auch dass der Käufer für zufällige Verschlechterung bei festbestimmtem Preis nicht einsteht, entspricht durchaus den Regeln des pactum de retrovendendo. Als selbstverständlich erscheint ferner bei dieser Annahme § 499, dass der Käufer verpflichtet ist den Gegenstand so, wie er ihn bekommen, zurückzuliefern, d. h. frei von Rechten Dritter, und ebenso leicht passt sich der § 500 unserer Konstruktion an. Für dieselbe spricht ferner sehr, dass § 502 sich genau den Regeln des pactum de retrovendendo, wie wir sie oben entwickelt haben, anschliesst, und sehr wohl vereinbar endlich ist mit derselben § 503. Es ist durchaus nicht einzusehen, weshalb das positive Recht nicht einen Anspruch, der sich im täglichen Leben für den Verpflichteten ausserordentlich lästig stellt, und bezüglich dessen die Regelung der Verjährung

in jedem einzelnen Punkt bestritten war, insbesondere auch rücksichtlich der Frage, ob solche überhaupt möglich sei, aus Zweckmässigkeitsgründen eine absolute Grenze setzen sollte, soweit die Parteien nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmten, zumal dabei die allgemeine Verjährungsfrist bezw. die für Forderungen des täglichen Lebens berücksichtigt wurde.

Bei dieser offenbaren, durchgehenden Beachtung der Regeln des pactum de retrovendendo kann m. E. kein Zweifel sein, dass der Vorbehalt des Wiederkaufs nach B. G. B. als ein solches zu konstruieren ist. Dies Resultat gewinnt noch eine wesentliche Bestärkung, wenn man auf die ausschliesslich gebrauchte Wendung: Wiederkauf, Wiederkaufpreis und dgl. achtet, die andernfalls sinnwidrig oder doch wenigstens ganz zweckloser Weise irreführend wäre. Wie kann von einem Wiederkaufpreis gesprochen werden, wenn überhaupt kein Kauf abgeschlossen werden soll! Bezeichnend ist endlich auch die Behandlung in Anschluss an den Kauf und die Stellung unter der Nr. III. „Besondere Arten des Kaufes". Mag auch eine Festlegung der Konstruktion von den Verfassern des Gesetzes nicht beabsichtigt gewesen sein, so wie das Gesetz da steht, führt die unbefangene Interpretation mit Notwendigkeit zur Annahme eines pactum de retrovendendo, ein Ergebnis, dem jeder einzelne § zur Bestätigung dienen kann, zumal wenn man die Streitfragen des gemeinen Rechts berücksichtigt, welche hier ihre Erledigung finden.

Auch dass, wie schon die Motive Bd. 2 S. 342 hervorheben, nur der Vorbehalt des Wiederkaufsrechts behandelt wird, also das pactum de retrovendendo, nicht, wie Endemann a. a. O. Anm. 8 irrtümlich annimmt, das pactum de retroemendo, ist eine nicht unwesentliche Bestätigung unserer Ansicht,

da das pactum de retroemendo nur äusserst selten im Leben vorkommt, bezüglich seiner also das B. G. B. keinen besonderen Anlass zur Erwähnung hatte, während das für die entsprechenden verwandten Geschäfte durchaus nicht in diesem Masse zutrifft.

Die für das pactum de retrovendendo des gemeinen Rechts oben aufgestellten Erwägungen haben daher zum grossen Teil auch für den Wiederkauf des B. G. B. noch Bedeutung, z. B. bezüglich der Fragen der Vererblichkeit, Übertragbarkeit der fraglichen Ansprüche, dinglichen oder obligatorischen Wirkung derselben und dgl. Zu beachten ist endlich auch, dass der „Wiederkauf" auch nach 1900 nicht die einzige mögliche einschlagende Geschäftsform ist, sondern dass das B. G. B. es den Parteien natürlich freilässt, Rückkauf- und Reuverträge auch mit andern als den bezüglich jenes im B. G. B. bestimmten Wirkungen zu schliessen. Für derartige Abreden würden die obigen gemeinrechtlichen Erörterungen natürlich noch eh' praktischen Wert haben können.

Verzeichnis

der bei der Arbeit benutzten Bücher.

1. Almendingen, L. Harscher v., über die rationes domesticae der Römer zu den Zeiten der freien Republik — in K. v. Grolman, „Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung", Bd. 2 Nr. 2 S. 169—221; 1807.
2. Arndts, L. Ritter von Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, 10. Aufl., Stuttgart 1879.
3. Baron, J., Pandekten, 4. Aufl., Leipzig 1882.
4. Τῶν Βασιλικῶν τεῦχος B, herausgegeben und in's Lateinische übersetzt von Karl Hannibal Fabrotus, Paris 1647.
5. Bauer, Heinr. Gottfr., responsorum ad quaestiones ex iure vario civili etc. Vol. I, Leipzig 1801.
6. Bechmann, August. der Kauf nach gemeinem Recht, 2. Teil. Erlangen 1884.
7. Bechmann, Joh. Volk., de pacto redimendi, Jena 1653.
8. Brackenhöft, das Verkaufsengagement und die Bedingnisse, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, Giessen 1859, Neue Folge, Bd. 17 S. 305 ff.
9. Brinz, Alois, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1857 Bd. 1; 1860 Bd. 2.
10. Caius, institutionum iuris civilis commentarii quattuor, herausgegeben von Huschke, Leipzig 1861.
11. Cicero, pro Roscio Comoedo, Tauchnitz 1861.
12. Cocceius, Samuel v., ius civile controversum, Leipzig 1791.
13. Corasius, miscellaneorum iuris civilis libri 6, Leyden 1552.
14. Corpus iuris canonici, Ausgabe von Emanuel König und Söhne, Köln 1670.
15. Corpus iuris civilis, Ausgabe von Joh. Ludw. Wilh. Beck, Leipzig Vol. I 1829, Vol. II 1837.

16. Cuiacius, paratitla in lib. 9 Cod. Inst., tom. II, Paris 1658; appendix tom. X derselben Ausgabe.
17. Czyhlarz, Karl, zur Lehre von den Resolutivbedingungen, Prag 1871.
18. Dabelow, Christoph Christian, Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts, Halle 1803.
19. Demelius, Gustav, Untersuchungen aus dem römischen Zivilrecht, Bd. 1, Weimar 1856.
20. Dernburg, Heinrich, Pandekten, 4. Aufl., Berlin 1894.
21. Derselbe, Pfandrecht, Bd. 1, Leipzig 1860.
22. Donellus, Hugo, commentarii iuris civilis, Ausg. 6 von K. Bucher Vol. 11, Nürnberg 1827, Vol. 7 . . 1824; opera omnia, Maceratae Bd. 8: 1830 (ad l. 2 C. si fundus 4, 54).
23. Faber, Anton, de erroribus pragmaticorum, Leyden 1658.
24. Derselbe, rationalia in Pandectas, Leyden 1604.
Fabrotus: siehe Basiliken.
25. Fitting, zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 2 S. 203 ff., Bd. 5 S. 79 ff.; der Kauf auf Probe oder auf Besicht, Übersicht, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 46 S. 237 ff., Heidelberg 1863.
26. Froben, Erörterung einzelner Lehren des römischen Rechts, Kommentar zur 8. Aufl. des Pandektenrechts von F. A. J. Thibaut, Stuttgart 1836.
27. Geiger, J. B., und Glück, Chr. Fr., merkwürdige Rechtsfälle, Bd. 2, Erlangen 1792.
28. Glosse (corpus iuris civilis), Leyden 1507.
29. Glück, Chr. Fr., ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar, Teil 1, Erlangen 1797, Teil 16: 1814.
30. Goldschmidt, L., der Kauf auf Probe oder auf Besicht, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 1 S. 66 ff., S. 262 ff., S. 386 ff., Erlangen 1858.
31. Gothofredus, Dionysius, glossierte Ausgabe des corpus iuris civilis, Frankfurt a. M. 1587.
32. Hahn, Heinrich, ad Wesenbecii in L libros Digestorum commentarios, Frankfurt und Leipzig 1706.
33. Hellfeld, Joh. Aug., iurisprudentia forensis, herausgegeben von Jos. Maria Schmidt, tom. II, Würzburg 1786.
34. Hofmann, Franz, über das Perikulum beim Kauf, Wien 1870.
35. Holtzhey, Christian Friedrich, de retrovenditione a laudemii onere libera (praes. Walch), Jena.
36. Holzschuher, Rudolf v., Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts, Leipzig, Bd. 1: 1843, Bd. 2a: 1845, Bd. 2b: 1847.

37. Hufeland, Gottlieb, Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiären Zivilrechts, Bd. 1 Giessen 1808, Bd. 2: 1814.
38. Hugo, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts 9. Aufl., Berlin 1824.
39. Keller, Friedr. Ludw. v., Pandekten, herausgegeben von Friedberg, Leipzig 1861.
40. Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts, Altona 1839,
41. Koch, C. F., das Recht der Forderungen, Bd. 3, Breslau 1843.
42. Koch, Ernst August, neue und vollständigere Sammlung der Reichsabschiede, Frankfurt a. M. 1747.
43. Landrecht, Allgemeines für die Preussischen Staaten, Ausgabe von Pauli, Berlin 1796.
44. Lauterbach, Wolfgang Adam, collegium Pandectarum theoretico-practicum, tom. I, Tübingen 1784.
45. Lesser, Joh. Wilh., (praeside Daniel Nettelbladt) de expensorum et pretii restitutione in retrovenditione, Halle.
46. Leyser, meditationes ad Pandectas, vol. 3 und 4, Leipzig 1735.
47. Madihn, Ludw., Gottfr., principia iuris Romani, 2. Ausg., Frankfurt 1791.
48. Müller, Wilhelm, über das widerufliche Eigentum, Abhandlung 7 in zivilistischen Abhandlungen, Giessen 1833.
Nettelbladt: siehe Lesser.
49. Noodt, Gerhard, opera omnia Bd. 2, Kommentar zu den Digesten, Leyden 1724.
50. Örtmann, die fiducia im römischen Privatrecht. Berlin 1890.
51. Overbeck, Aug. Wilh. und Bernh. Ludw., Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Bd. 3, 3. Aufl., Hannover 1803; Bd. 5, 2. Aufl., 1800.
52. Packbusch, Christian, de retrovenditionis pacto, Altdorff 1660.
53. Pegius, Martin, de iure protimiseos, Anhang: von vorbehaltenen Wiederkäufen, Regensburg 1727.
54. Pfeifer, B. W., praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft, Bd. 2, Hannover 1828.
55. Puchta, G. F., Pandekten, 3. Aufl., Leipzig 1845.
56. Rauchbar, Andreas, 50 quaestiones insignes ad iuris communis etc. declarationem, Wittenberg 1612.
57. Regelsberger, Ferd., zivilrechtliche Erörterungen. Heft 1: Die Vorverhandlungen bei Verträgen, Weimar 1868.
58. Reinmann, Joh. Fr., pactum de retrovendendo, Altdorff 1675.
59. Riesser, G., über Resolutivbedingungen, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, Bd. 2 S. 1 ff., Giessen 1829.

60. Savigny, Fr. Karl v., System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, Berlin 1841.
61. Schilter, Johann, praxis artis analyticae in iurisprudentia, peculiare specimen de iure retrovenditionis, Jena 1678.
62. Schirmer: siehe Unterholzner.
63. Schlüter, David, de iure reluitionis ex pacto de retrovendendo competente, praescriptioni non obnoxio, Göttingen.
64. Schott, Aug. Fr., opuscula iuridica, spec. iuris Saxonici de praescriptione iuris bona sub pacto de retrovendendo alienata reluendi, S. 279 ff., Leipzig 1770.
65. Schweppe, Albr., das römische Privatrecht, 3. Ausgabe, Altona 1822.
66. Seuffert, J. A., Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
67. Seuffert, Lothar, Kommentar zur C.P.O. für das deutsche Reich, 7. Aufl., München 1895.
68. Sintenis, K. Friedr. Ferd., das praktische gemeine Zivilrecht, Leipzig 1844, Bd. 2: 1847.
69. Spelter, Joh. Reinhard (praeside Friesen), de venditione fiduciaria, Jena 1696.
70. Struv, G. A., syntagma iuris civilis, Jena 1682.
71. Stryk, Samuel, tractatus de actionibus, Halle/Magdeburg 1697.
72. Thibaut, Ant. Friedr. Just., über Besitz und Verjährung, Jena 1802.
73. Derselbe: System des Pandektenrechts, 8. Ausg., Jena 1834.
74. Derselbe: über die Wirkungen des Eintretens auflösender Bedingungen, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 16 S. 383 ff., Heidelberg 1833.
75. Thon, Gustav, über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, S. 1—57, Giessen 1835.
76. Unger, Dr. Joseph, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Leipzig 1857.
77. Derselbe: zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 3 S. 386 ff., Erlangen 1860
78. Unterholzner, K. A. D, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre, 2. Aufl, von Theodor Schirmer herausgegeben, Leipzig 1858.
79. Derselbe: quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgegeben von Huschke, Leipzig 1840.

80. Vangerow, Karl Adolf, Leitfaden für Pandektenvorlesungen, 3. Aufl., Bd. 1: 1845, Bd. 2: 1847.
81. Voet, Johann, commentarius ad Pandectas, Köln 1778.
82. Wendt, Otto, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888.
83. Derselbe: Reurecht und Gebundenheit, Heft 2: die Reuverträge, Erlangen 1879.
84. Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 1891.
85. Derselbe: über die Wirkung der erfüllten Potestativbedingung im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 35 S. 51 ff., Heidelberg 1852.